معهد الدراسات الاسلامية

محاضرات
فى
الفقه الجنائى الاسلامى

لطلبة معهد الدراسات الإسلامية

المستشار محمد بهجت عتيبة

١٤٠٧ هـ ـ ١٩٨٧ م

دار الشباب للطباعة
١٥ شارع العباسية ـ بالقاهرة
ت : ٩٢٩٧٣٠



تمهيد

١ ـ التعريف بالشريعة الاسلامية :

الشريعة والشرعة معناها فى اللغة : مورد الناس للاستقاء ، سمى بذلك لوضوحه وظهوره . وتجمع الشريعة على شرائع . والشرع مصدر شرع بمعنى وضح واظهر .

وقد غلب استعمال هذه الكلمة فى الدين وقصد بها الأحكام التى شرعها الله لعباده ، وقد ورد هذا المعنى فى قوله سبحانه وتعالى :

(لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا) .

(ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها) .

وتنصرف عبارة « الشريعة الاسلامية » الى كل مانزل به الوحى على النبى صلى الله عليه وسلم من الأحكام فى الكتاب والسنة . وهذه الأحكام تنقسم الى ثلاثة أقسام :

القسم الأول : يتعلق بالعقائد ويسمى بعلم الكلام .

القسم الثانى : يتعلق بالبحث فى تطهير النفس ويسمى بعلم الأخلاق .

القسم الثالث : يتعلق بالبحث فى اصلاح المجتمع وينظم المعاملات بين الناس ويسمى بعلم الفقة .

والبحث فى هذه الدراسة القانونية مقصور على علم الفقه الجنائى الاسلامى .

٢ - التعريف بالفقـه :

الفقه لغة هو العلم بالشىء والفهم له لما ظهر أو خفى ، فهو الفهم العميق الذى يتعرف غايات الأقوال والأفعال .

ومن ذلك قول الله تعالى (فما لهؤلاء القوم لا يكادون يفقهون حديثا) ومعنى الفقة فى اصطلاح العلماء الشرعيين هو العلم بالأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية . والفقه بهذا المعنى يتكون من جزءين :

الأول : العلم بطائفة من مسائل الأحكام الشرعية العملية الواردة بالكتاب والسنة وما استنبط منها ، والعملية هى الأحكام المتعلقة بأعمال الانسان كالقتل والسرقة والبيع والرهن ، فالأحكام الاعتقادية كالوحدانية ورسائل الرسل لا تدخل فى مضمون كلمة الفقه بالمعنى الاصطلاحى .

والثانى : العلم بالأدلة التفصيلية لكل قضية من القضايا .

فاذا قيل مثلا : أنه لا يقام حد السرقة اذا سرق الأب مال ابنه ، فان الأمر يتطلب اقامة الدليل على ذلك من الكتاب أو من السنة أو من فتاوى الصحابة .

فموضوع علم الفقه الحكم فى كل جزئية من أعمال الناس بالحل أو التحريم أو الكراهة أو الوجوب ودليل ذلك .

٣ ـ التعريف بالقانون :

القانون هو مجموع القواعد التى تنظم المجتمع فى هيئة اجتماعية، فتحكم سلوك الأفراد وعلاقتهم فيه ، والتى تناط كفالة احترامها بما تملك السلطة العامة فى المجتمع من قوة الجبر والالزام ٠

ومن هذا التعريف بالقانون نستخلص خصائصه وهى :

أولا : تضمنه قواعد سلوك يأتمر بهـا الأفراد ، تتوافر لها صـفة العموم والتجريد ، أى انها تسرى على أشخاص غير محدودين ٠ وليس من الضرورى أن يسرى القانون على جميع الأشـخاص فى الدولة ، بل يكفى أن يكون ساريا على عدد منهم متى كان العدد غير معين ، كقانون السلطة القضائية الصادر بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ وقانون تنظيم الجامعات الصادر بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ ٠

ثانيا : وجود مجتمع يأتمر أفراده بهذه القواعد العامة المجردة ٠

ثالثا : تضمن هذه القواعد جزاء ماديا يكفل تنفيذها واحترامهـا مما يجعلها قواعد ملزمة ٠

والجزاء قد يكون جزاء جنائيـا بتوقيع عقوبة كعقوبة الاعدام أو الأشـغال الشاقة أو السـجن أو الحبس أو الوضع تحت مراقبة الشرطة٠ وقد يقع على مال المخالف ٠ فيتخذ شكل الغرامة أو المصادرة ٠ وقد يكون الجزاء مدنيا فى صورة البطلان ٠ وقد يجتمع الجزاء الجنائى والجزاء

المدنى فى ذات الوقت . فمن قتل شخصا عمدا يعاقب بعقوبة جنائية ، كما يلزم بأداء تعويض الى ورثة المجنى عليه ، والسارق يعاقب بعقوبة جنائية مع رد الشىء أو التعويض عنه عند تعذر الرد .

٤ ـ التعريف بالجريمة والعقوبة :

يعرف الماوردى الجريمة بانها « محظورات شرعية زجر الله عنها بحد أو تعزير » .

والحد أو التعزير هو العقوبة المقررة شرعا .

والحد عقوبة مقدرة بنص القرآن أو السنة ، وفرض الشارع القصاص والديات فى جرائم الاعتداء على النفس والاعتداء على ما دون النفس عقوبة مقدرة حقا للأفراد والتعزير هو العقوبات التى ترك لولى الأمر تقديرها لدفع الفساد واصلاح حال الجماعة .

وقد نص الله تعالى فى القرآن على عقوبة ست جرائم هى : السرقة، وقطع الطريق (الحرابة) ، والزنا ، وقذف المحصنات ، والبغى والقصاص وجاءت السنة وقررت عقوبة شرب الخمر والردة كما قررت غيرهما ، وبقيت بعد ذلك عقوبات لجرائم لم يتناولها الكتاب والسنة ، وترك ذلك لولى الامر يقدر لها العقوبات المناسبة بما يحقق مصلحة الجماعة ، وهذه المصلحة هى الأساس فى اعتبار الفعل جريمة .

وتعريف الجريمة على هذا النحو يقارب تعريفها فى القانون الوضعى ، فالجريمة فى القانون الوضعى هى كل أمر يحظره الشارع عن طريق العقوبة الجنائية .

ونتناول فى هذه المحاضرات دراسة الفقه الجنائى الاسـلامى فى ثلاثة كتب :

الكتاب الأول : ويشمل عموميات فى التشريع الجنائى ٠

الكتاب الثانى : ويشمل الحدود ٠

الكتاب الثالث : ويشمل جرائم التعزير ٠

وقد رأينا اتماما للفائدة أن نشير بايجاز عند البحث الى حـكم القانون الوضعى ، وقد اخترنا لذلك التشريعات المصرية لنبين مدى تلاقى أو اختلاف أحكام القانون الوضعى ، مع أحكام الشريعة الاسلامية ٠

الكتاب الأول

عموميات فى التشريع الجنائى الاسلامى

الفصل الأول : موضع الشريعة الاسلامية فى التشريع العقابى فى مصر .

الفصل الثانى : أغراض العقاب فى التشريع الجنائى الاسلامى .

الفصل الثالث : منهج الشريعة الاسلامية فى تحديد الجرائم والعقوبات .

الفصل الرابع : مصادر التشريع العقابى فى الشريعة الاسلامية .

الفصل الخامس : سريان التشريع العقابى الاسلامى من حيث الزمان والمكان والأشخاص .

الفصل السادس : تحمل التبعة فى الشريعة الاسلامية .

الفصل الاول

موضع الشريعة الاسلامية

فى التشريع العقـابى فى مصر

طبقت الأحكام الجنائية المقررة فى الشريعة الاسلامية فى الأقطـار العربية لعدة قرون ، الى أن زالت دولة العرب فى الأندلس واسـتبدلت الدولة العثمانية بأحكام الحدود الشـرعية أحكاما تعزيرية منذ منتصف القرن الخامس عشر ، وفتح البـاب أمام المشرع العثمـانى للتشـريعات الوضعية فى المجال الجنائى مدى أربعة قرون ، وفى سنة ١٨٤٠ صـدر قانون الجزاء العثمانى مسـتمدا أصوله من قانون العقوبات الفرنسى ، قاطعا صلته بصورة نهائية بأحكام الشريعة الاسلامية بما فيها القصـاص فى النفس ، وقد نهجت الأقطار التى كانت تتبع الدولة العثمانية نهجها ، ولم يشذ عن ذلك الا الأقطار التى عجزت الدولة العثمانية عن السيطرة عليها سيطرة تامة ، كالمغرب الأقصى واليمن ، أو التى حالت اوضـاعها الاجتماعية دون هذا التحول كالحجاز ونجد ، ولذلك بقيت السـعودية واليمن حتى الآن تطبق أحكام الشريعة الاسلامية فى المسـائل الجنائيـة كاملة ، أما بلاد المغرب فقد ظلت تطبق هذه الأحكـام الى ان احتلهـا الفرنسيون فأدخلوا اليها التشريع الفرنسى وكانت مصر من بين الأقطـار التى أهدرت فيها الحدود الشرعية فى ظل الحكم العثمانى ، فلما تولى « محمد على » أمر البلاد أصدر فى سنة ١٨٣٠ مدونة تعـزيرية (قانون الفلاحة) وقد تضمن طائفة من الجرائم التى تتعلق بالحياة الريفيـة

مقررا عقوبة الجلد لعدد كبير منها ، وعقوبة الارسال الى السجن لمدد مختلفة . وفى سنة ١٨٣٧ أصدر « مجمد على » قانون السياسة العامة ، وقد تناول بالتنظيم شئون الموظفين وعلاقتهم بالأفراد مبينا الجرائم التى تصدر منهم وعقوباتها ، وقد فرض هذا القانون عقوبات جنائية على أعمال تمثل الآن مخالفات ادارية كالاهمال فى أداء الوظيفة وعدم اطاعة أوامر الرؤساء ، ثم صدر فى سنة ١٨٤٨ قانون المنتخبات متضمنا أحكام القصاص والدية وسائر التشريعات التعزيرية التى استحدثها محمد على وأحكاما اقتبست من تشريع نابليون الصادر فى سنة ١٨١٠ ، ثم أصدر سعيد باشا فى سنة ١٨٥٥ القانون الهمايونى ، وقد تضمن هذا القانون أحكام الشريعة الاسلامية فى القصاص والدية والتى وصفت « بالشرع الشريف » وبعض الجرائم المقدرة عقوباتها على غرار قانون العقوبات الفرنسى الصادر فى سنة ١٨١٠ ، وظل القانون الهمايونى قائما تطبق المحاكم الشرعية أحكامه فى القصاص والدية وتطبق مجالس الأحكام ما عدا ذلك من أحكامه الى أن صدر فى سنة ١٨٨٣ قانون العقوبات الأهلى وقانون تحقيق الجنايات الأهلى وذلك على نسق التشريع الفرنسى ، وخولت المحاكم الأهلية الولاية فى تطبيق أحكام هذين التشريعين وحلت بذلك محل المحاكم الشرعية ومجالس الأحكام فى الاختصاص الجنائى ، بعد أن الغى قانون العقوبات آنف الذكر أحكام القصاص وما يلحق به من ديات وقضى نهائيا على روح التشريع الاسلامية الذى كان سائدا فى المجال الجنائى حتى بعد الغاء الدولة العثمانية الحدود فى مصر ، وقد أظهر العمل بتشريع سنة ١٨٨٣ أوجه نقص فيه تداركتها قوانين خاصة . ثم رؤى مراجعة التشريع برمته، ووضع تشريع جديد يشملها ، وفى ١٤ من فبراير سنة ١٩٠٤ صدر قانون العقوبات كما صدر فى اليوم ذاته قانون تحقيق الجنايات ، ويعتبر هذا التشريع امتدادا لتشريع سنة ١٨٨٣ بعد تعديل بعض نصوصه فى ضوء تشريعات أخرى منها القانون الهندى الصادر سنة ١٨٦٠ ، والقانون

البلجيكى الصادر سنة ١٨٦٧ والقانون الايطـــالى الصـادر سنة ١٨٨٩ والقانون السودانى الصادر سنة ١٨٩٩ ، وفى سنة ١٩٣٧ صـدر التشريع العقابى المطبق فى مصر فى الوقت الراهن وهو يعتبر امتـدادا لتشريع سنة ١٩٠٤ ، وقد صدر هذا القانون بعد ابرام اتفاقية مونتريه بشان الغاء الامتيـــازات الأجنبية فى مصر بهدف وضـع تشريع موحـد يطبق على المصريين والأجانب على السواء ٠

وقد أثير موضوع تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية بعد تاسيس جامعة الدول العربية والمطالبة بالوحدة بين الدول العربية وظهور الشـــريعة الاسلامية كعنصر من عناصر هذه الوحدة باعتبارها أساس الوحدة الفكرية فى مجال القانون بالنسبة للدول الأعضاء فى الجامعة التى تعتنق أغلبية سكانها الدين الاسلامى ٠ وقد عرضت قضية الشريعة الاسلامية فى المجـال الجنائى فى عام ١٩٦٩ على المنظمة الدولية العربية للدفاع الاجتماعى ، احدى منظمات جامعة الدول العربية ، فى حلقتها الثانية بالقاهرة ،وكان من بين توصياتها « ان تبنى مشروعات المدونات الجنائية فى دول الوطن العربى مستلهمة أحكام التشريع الجنائى الاسلامى » ورددت هذه المنظمة توصياتها هذه فى الحلقات التالية (١) :

وقد اتخذت بعض البلاد العربية خطوة فى سبيل العودة الى تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية ، فنصت المادة الثانية من دســتور دولة الكويت الصادر فى ١١ نوفمبر ١٩٦٢ على أن « دين الدولة الاســلام والشريعـة الاسلامية مصدر رئيسى للتشريع » ٠ ولدى صدور الدستور السورى المؤقت

---

(١) بحث الدكتور على راشد ـ التلاحم بين الشريعة الاســلامية والتشريع الوضعى فى المجال الجنائى ـ مجلة مصر المعاصرة ـ عدد اكتوبر ١٩٧٥ ص ١١٥ ٠

سنة ١٩٦٩ نص على أن الشريعة الاسلامية المصدر الأساسى للتشـــريع وردد الدستور السورى الدائم الصادر سنة ١٩٧٣ هذا الحكم ، وأصدر المشرع الليبى القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن اقامة حدى السرقة والحرابة . والقانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٧٣ فى شـــأن اقامة حد الزنا ، والقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٧٤ فى شأن اقامة حد القذف ، والقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٧٤ فى شأن تحريم الخمر واقامة حد الشرب .

وفى مصر نص الدستور الصادر فى ١١ من سبتمبر سنة ١٩٧١ فى المادة الثانية منه على ان « الاسلام دين الدولة واللغة العربية لغتهـــا الرسمية ، ومبادىء الشريعة الاسلامية مصدر رئيسى للتشريع » وهـــذا النص المستحدث بعث من جديد مبادىء الشريعة الاسلامية التى أهدرها المشرع الوضعى فى التشريع الجنائى منذ سنة ١٨٨٣ . ذلك ان هذا النص وان كان لا يعنى الغاء القوانين القائمة المستمدة من القوانين الأجنبيـة ، الا انه يلزم المشرع ان يستلهم أحكام الشريعة الاسلامية فيما يصدره من تشريعات بعد العمل بالدستور ، ولا يستبعد النص ان يكون للتشريع الذى يصدر مصادر أخرى ثانوية لا تناقض مبادىء الشريعة الاسلامية ولا تتعارض مع احكامها ، ومن جهة أخرى فان هذا النص يستحث المشرع فى اعادة النظر فى القوانين الصادرة قبل العمل بهذا الدستور وتعديلها بما يتفق مع مبادىء الشريعة الاسلامية .

ثم عدلت المادة الثانية من الدســتور ونصت بعد تعـديلها على ان مبادىء الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسى للتشريع .

وقد ارتفعت الأصوات فى مصر مطالبة اعمال مقتضى هـــذا النص الدستورى وكان لذلك صدى فى مجلس الشـعب مما حـدا باللجنة التى

شكلها مجلس الشعب للرد على بيـــان الحكومة فى المجلس فى احــدى دورات انعقاده الى التعرض لتطبيق هذا النص ، فجاء فى تقريرهــا : « أن اللجنة تدارست ما جاء فى التقارير السابقة للجان الرد على بيانات الحكومة التى تؤكد أهمية العمل على تطبيق نص الدستور الذى قرر ان الشريعة الاسلامية مصدر رئيسى للتشريع ، واللجنة فى ذلك تتطلع الى الدور الذى يمكن ان يؤديه مجمع البحوث الاسلامية بالاشتراك مع اساتذة القانون ، وتوصى بأن تبادر وزارة العدل الى تشكيل لجنة على مستوى عال من فقهاء الشريعة وأساتذة القانون ورجال القضاء لوضـــع منهاج التطوير وأساساته وربطه بالدراسات الجـامعة فى كليــات الحقـــوق والشريعة ، حتى يمكن أن تعد من رجال القانون جيلا قادرا على تحمل مسئولية التطبيق » وقد شكلت هذه اللجان ، وقالت الحكومة فى بيانها عن برنامجها الذى القاه رئيس الوزراء فى مجلس الشـعب فى ١١ من ديسمبر ١٩٧٦ « أن وزارة العدل ستقوم بمتابعة اعمال اللجان المشـكلة لبحث ودراسة تطوير التشريعات بما يتفق مع احكام الشريعة الاسلامية ، والتى تضم عددا من كبار علماء الاسلام ورجال الفقه والمفكرين » ٠

وقد أوضحت لجنة الرد على بيان الحكومة فى بيانها الذى تلى فى مجلس الشعب بجلسته المنعقدة فى ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٧٦ الرغبة العامة فى اعمال نص المادة الثانية من الدستور حيث ورد فى تقريرها : « أن الرغبة العامة فى أن تكون الشـــريعة الاســلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع فى مصر تضع الأساس الذى سوف تتبعه الحكومة ويلتزمه المجلس فى اعداد ومراجعة ما يعرض من تشريعات ، اعمالا للنصوص الدستورية التى تجعل من الشريعة مصدرا رئيسيا للتشريع ٠٠ » ٠

وقد وافق المجلس على بيان اللجنة ٠

واخيرا شكل مجلس الشعب فى شهر ديسمبر سنة ١٩٧٨ لجنة من اعضاء المجلس ومن المتخصصين فى الشريعة الاسلامية لتقنين أحكام الشريعة مما يتيح تقنين أحكام الاسلام فى المجال الجنائى بمراعاة الظروف الراهنة للمجتمع ٠

الفصل الثانى

اغراض العقاب فى التشريع الجنائى الاسلامى

تعمل الشريعة الاسلامية على منع الجريمة بوسيلتين :

الأولى : بتهذيب النفس عن طريق العبادات التى فرضها الله سبحانه وتعالى على عباده ، وبذلك يتكون مجتمع فاضل يسود فيه الخير ويقل فيه الفساد ٠

الثانية : بفرض العقوبة ٠

والغاية من العقوبة فى الشريعة الاسلامية أمران :

الأول : حماية الفضيلة ودفع الفساد ٠

الثانى : المنفعة العامة أو المصلحة ٠

والفضيلة والمصلحة متلازمتان تترتب احداهما على الأخرى ، والمصالح المعتبرة فى الاسلام التى تحميها الشريعة بالعقوبة هى :

١ ـ المحافظة على الدين ٠

٢ ـ المحافظة على النفس ٠

٣ ـ المحافظة على العقل ٠

٤ ـ المحافظة على النسل ٠

٥ ـ المحافظة على المال ٠

وفلسفة الشريعة فى حماية هذه المصالح تقوم على كفالة الحيـــاة الرفيعة للانسان .

وقد فرضت الشريعة الاسلامية عقوبات مقدرة للمحافظة على هذه المصـالح وحمايتها : ففرضـت عقوبة لحماية الدين هى عقوبة الردة ، واخرى للمحافظة على النفس كالقصـاص ، وعقوبات للمحافظة على العقل كعقوبة شرب الخمر ، وعقوبات للمحافظة على النسل كحد الزنا، وعقوبات للمحافظة على المال كحد السرقة وحد الحرابة (قطع الطريق) كما فرضت التعزير ، وهو عقوبة غير مقدرة تجب حقا لله أو لآدمى فى كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة ، وتركت الشريعة لولى الأمر فرض هذه العقوبات التعزيرية بما يكفل أمن المواطنين وصيانة صالح المجتمع الاســـلامى .

والاعتداء على هذه المصالح يختلف قوة وضعفا ، وتسير معه العقوبة سيرا مطردا . فتغلظ العقوبة بجسامة الاعتداء وتضعف بضعفه .

وهذه المصالح تنقسم كل واحدة منها الى ثلاثة أقسام :

الأول : ضرورى : وهو ما يتعذر الحياة بدونه أو يكون فى نقصه نقص فى أمر ضرورى للانسان .

الثانى : حاجى : وهو ما يترتب على فقده الحرج والمشقة فى حياة النـــاس .

الثالث : تحسينى : وهو ما يترتب على فقده ان يفقد المرء قدرا من سعادته وكرامته .

فالاعتداء على الضرورى بالنسبة للنفس ، القتل أو قطع الأطراف

أو الضرب الذى يفضى الى الموت ، ومن الحاجى الحرية الشخصية ومن التحسينى منع السباب والاهانة . وقد أوجب الشارع المحافظة على هذه الانواع الثلاثة .

وكذلك الشان بالنسبة لجرائم الأموال . فسلب ما هو ضرورى بالنسبة للأموال بحيث لا يتحقق معه الأمن على الأموال كالسرقة وقطع الطريق ، اعتداء على أمر ضرورى ، فتكون العقوبة شديدة تتناسب مع خطورة الفعل ، اذ انه بذيوع السرقة يتعرض المال للضياع ، وهو مايتناقض مع أصل ثبوت المحافظة عليه ، ولا يعد كذلك الاستيلاء على المال بطريق الغصب أو الانتهاب ، لأن ذلك لا يتم خفيه ، ولذلك يتسنى اثبات ذلك بالبينة ، واسترداد المال المغتصب أو المنتهب بمعاونة السلطات العامة ، لذلك كانت عقوبة السرقة أشد من عقوبة أخذ المال بطريق الغصب أو النهب . اذ الأول اعتداء على أمر ضرورى رهو اصل المال بالنسبة للجماعة كلها ، اذ تتم السرقة خفية . وتقترن غالبا بفرار الجناة ، وبذلك يصعب اثباتها فضلا عما يصاحبها فى كثير من الأحيان من تعرض حياة المجنى عليهم للخطر . اما أخذ المال بطريق الغصب أو الانتهاب فهو اعتداء جزئى على المال يمكن معه استرداد المال ، ولكن بضيق ، ودون الجريمتين السابقتين النصب والخداع فانه يمس كماليا (تحسينيا) اذ يمس ارادة المتصرف فى المال عن بينه وادراك سليم .

وبالنسبة لجرائم الاعتداء على النسل ، فالزنا أشدها وهو من المحصن أشد لأنه اعتداء على النسل بغير شك ، ودون ذلك الزنا من غير المحصن وان كان فيه اعتداء على النسل « وهو اعتداء على أمر ضرورى ودون ذلك تقبيل المراة ومعانقتها لأنه قد يفضى الى ارتكاب الفحشاء

فهو محرم لأنه يؤدى الى محرم . ودون هذين رؤية عورة المرأة فـــانه يعد فى مرتبة الاعتداء على أمر تحسينى .

وفى جرائم الاعتداء على العقل ، فمن يشرب الخمر ويسكر منها أشد اجراما ممن يشربها ولا يسكر لذلك كانت العقوبة على السكر من شرب الخمر أقوى العقوبات ، وان كان القليل والكثير محرما لما ورد عن النبى ﷺ أنه قال : « ما أسكر كثيرة فقليله حرام » . والسبب فى تحريم القليل أنه يؤدى الى تناول الكثير ، وان شارب الخمر كثيره أو قليله لا يصـــل الى درجته فى الاثم بائع الخمر وساقيها .

وفى جرائم الاعتداء على الدين ، فان الردة اعتـــداء على أمـــر ضرورى فى الدين فقدر لها الشارع الاسلامى عقوبة القتل والأقوال المضللة اعتداء على أمر حاجى اذ يجعل المسلم فى ضيق ، ونشر البدع التى قد تؤدى الى تشكيك المسلم فى أمر دينه اعتداء على أمر تحسينى وكلاهما يواجه بعقوبة تناسبه .

وهكذا تتفاوت العقوبات بتفاوت ومقدار الاعتداء على هذه المصالح الخمس (١) فتوقيع العقوبة التى فرضتها الشريعة يحفظ هذه المصـــالح ويترتب على توقيعها :

أولا : الردع والزجر :

بمنع الجانى من معاودة ارتكاب الجريمة أو التمادى فى الاجرام ومنع غيره من مقارفة الجرم .

---

(١) العقوبة للشيخ محمد أبو زهرة ـ ص ٦٣ .

ومادام القصد من العقوبة الردع والزجر فانها تطبق فى جرائم الحدود كما فرضها الشارع الاسلامى ، أما فى جرائم التعزير فان العقوبة يجب أن تقف عند الحد الذى يتحقق معه الزجر والمنع ، فتحقق بذلك العدالة فى فرضها ٠

وينبنى على ذلك أن تطبيق العقوبة التعزيرية يختلف باختلاف الناس لأنهم يختلفون ، فمنهم من ينزجر بالنصيحة ، ومنهم من يحتاج الى الضرب ومنهم من يحتاج الى الحبس ٠ وقد لا تفيد فى الزجر أى عقوبة تعزيرية غير عقوبة الاعدام وذلك فى بعض الجرائم التى ازدادت خطورتها بالتكرار وشرع الاعدام فى جنسها وبالنسبة لبعض المجرمين ممن اعتادوا الاجرام دون أن تردعهم عقوبة أخرى ، ومن ذلك القتل بالخنق واللواطة عند أبى حنيفة اذا تكرر ارتكابها (١) ٠

ثانيا : تحقيق العدالة :

توقيع العقوبة ينزل الما بالجانى يكفر به عن جريمته ويطهر به نفسه ويهدىء من شعور الغضب والسخط الذى تسببه الجريمة فى الجماعة ويرضى الشعور العام ويشفى غيظ المجنى عليه ، وبذلك تتحقق العدالة ٠

ثالثا : اصلاح الجانى وتهذيبه :

اصلاح الجانى وتهذيبه من بين أغراض العقوبة فى الشريعة

---

(١) التعزير فى الشريعة الاسلامية - للدكتور عبد العزيز عامر ص ٢٤٤ ، ٢٤٧ ٠

الاسلامية ، وبهذا تستقيم نفس الجانى ويبتعد عن الجريمة باعتبـــارها من المعاصى التى نهى عنها الله ، وهذا الوازع الدينى خير وسيلة لمحاربة الاجرام • وقد انعقد الاجماع على أن التعزير عقوبة الغرض منها التاديب والاصلاح ، وذلك بتقويم نفس الجانى وصــقلها وتطهيرها من أدران الجريمة حتى تنضم الى النفوس الطاهرة النافعة فى المجتمع •

ما يخرج عن اغراض العقوبة فى الشريعة الاسلامية :

استبعدت الشريعة الاسلامية الانتقام كغرض من اغراض العقوبة • اذ منعت القسوة فى العقاب والتمثيل بالجانى انتقاما منه • وقد حـــرم بعض الفقهاء التعزير بالصـــفع لأنه يحمل معنى الاســتخفاف بالآدمى وتحقيره • ومن ذلك تسويد الوجه فى جريمة شهادة الزور ، فقد منعها اغلب الفقهاء لأنها من قبيل المثلة والمثلة ممنوعة •

وقد عاب بعض الكتاب على شريعة القصاص أنها جعلت الانتقام أساسا للعقاب ، وهذا القول مردود بأن القصاص يختلف عن الانتقام ، ذلك أن الانتقام لا يتقيد فيه المنتقم بالمساواة بين ما فعله المجرم وبين العقاب الذى يلحقه به ، وقد يتجه الانتقام الى عقاب غير المجـــرم ، أما القصاص فيقوم على أساس المساواة بين جميع الناس ، ويتجه الى المساواة بين الجريمة والعقوبة ويحكم به القاضى ويسرى على الحكام والمحكومين، والأصل فيه أن الشريعة تتجه فى الجرائم التى يكون حق الفرد فيها غالبا كجرائم الدماء الى شفاء غيظ المجنى عليه لذلك كان القصاص شـــافيا للنفوس وليس فيه اسراف ولا رغبة فى الإنتقام لذاته ، وانما فيه عدالة وحماية للمجتمع •

أساس العقاب فى القوانين الوضعية

مرت الشرائع الوضعية قبل أن تصل الى الوضع الحديث بـادوار عديدة (١) والسائد لدى الفقهاء أن وظائف العقوبة يمكن حصرها فى :

---

(١) مرت الشرائع الوضعية بادوار عديدة قبل ان تصل الى الوضع الحديث فأساس حل العقاب فيها يدور فى انجاهات متعاقبة نـوجـزها فيما يلى :

(١) ـ عصر الانتقام الفردى :

كان أمر العقاب فيه فى أيدى الأفراد انفسهم مدفوعين بغريزةالمحافظة على كيانهم والانتقام ممن اعتدى عليهم فكان أساس العقاب الانتقام من الجانى ٠

(٢) ـ عصر الانتقام العام أو الالهى :

عندما توطد سلطان الدولة ونظرت الدولة الى الجريمة على أنها تمثل اعتداء على المجتمع لا على المجنى عليه فحسب وجد العقاب سندا فى فكرة الانتقام العام ، ضرورة أن يكفر المجرم عن جرمه بطريق الألم البدنى حتى يكون عبرة لغيره ومن هنا نشـــات وظيفة الردع العـام للعقوبة وكان من سمات هذا النظام قسوة العقاب وتميز تنفيذ العقوبة بالتمثيل بالجانى وعدم العناية باصلاح الجانى وتهذيبه وتخويل القضاه سلطة تحكمية فى تجريم الأفعال وتقدير العقوبات ٠

(٣) العصر الانسانى :

سادت فيه مبادىء الاعتدال والشفقة والرغبة فى اصـلاح الجانى وذلك بتاثير آراء بعض المفكرين لمن بينهم منتكيو وجان جاك روسو ٠ وقد تاثرت الثورة الفرنســية بهذه الآراء وانعكس ذلك على ما اتخذته الجمعية التاسيسية فى فرنسا عامى ١٧٩٠ و ١٧٩١ من قرارات منها مبدأ المساواة امام القانون وقاعدة انه لا جريمة ولا عقوبة بغير نص والغـــاء التعذيب والمصادرة العامة والغاية من العقاب عند علماء هذا العصر ليس التعذيب والتكفير وانما منع المجرم من العودة الى الاجرام ومنع الغير من الوقوع فيه ، وأن العقوبة يجب أن تكون محدودة بحــدى العدل والمصلحة الاجتماعية ٠

. . . .

---

(٤) العصر العلمى :

ظهرت المدرسة الايطالية فى هذا العصر بظهور كتاب العالم سيزار لومبروزو فى سنة ١٨٧٦ وعنوانه الانسان المجرم ٠

وقسمت المجرمين الى خمس فئات مختلفة تغاير كل فئة منها الأخرى فى بواعث الاجرام لديها ونوع التدابير الواجبة بالنسبة اليهاوهى

(أ) مجرم بالفطرة أو بالميراث ٠ وهو يتميز بمميزات خلقية معينة منها صغر الجمجمة وضيق الجبهة وبروز عظام الحواجب والخدود ، وغور العينين وضخامة الفك كما يتميز بعدم المبالاه والانانية ٠

(ب) المجرم المجنون : وهو مصاب بمرض عقلى يفقده التمييز بين الخير والشر ٠

(جـ) المجرم بالعادة : وهو مصاب بضعف خلقى ويعتاد على ارتكاب الجرائم بتاثير ظروفه الاجتماعية كاتصاله بالمسجونين والبطالة وادمان الخمر ٠

(د) المجرم بالصدفة : وهو فى الأصل ليس له ميل للاجرام ولكنه يخضع للمؤثرات الخارجية ٠

(هـ) المجرم بالعاطفة ، وهو سريع الخضوع للانفعالات والعواطف المختلفة كالغضب والحقد والحب والكره والغيرة ٠

والغرض من العقاب لدى علماء هذه المدرسة هو حماية المجتمع من الاجرام بمنع المجرم من العودة الى الجريمة ومنع غيره من انتهاج نهجه ، وقد استندت هذه المدرسة الى معايير شخصية فى تحريم الافعال وفى تقدير عقوباتها فذهبت الى ان العقوبة يجب ان تتوقف على ميول الجانى وبواعثه واخلاقه أى على اعتبارات شخصية لا على اعتبارات موضوعية مستمدة من جسامة الفعل المادى فاهتمت بتدابير الوقاية التى تهدف الى الدفاع الاجتماعى ضد الجريمة بمنعها قبل وقوعها ، وعلى الأخص العناية بتحسين الظروف الاجتماعية والاقتصادية والتربية السيئة التى تتفاعل وتؤدى الى وقوع الجريمة ٠

١ - وظيفة نفعية بقصد حماية المجتمع من الجريمة وذلك بمنـــع المجرم من العودة الى الاجرام بالزجر والاصلاح ومنع غيره من الاقتداء به بالردع ، وهذا يتطلب ان تكون العقوبة متناسبة فى الشدة مع جسامة الجـــرم ٠

٢ - وظيفة أخلاقية تهدف الى تحقيق العدالة وذلك بتكفير المجرم عن جرمه من جهة وارضاء الشعور العام من جهة أخرى ٠ وهذا يقتضى أن تكون العقوبة متناسبة فى الشدة مع درجة مسئولية الجانى ٠

وأساس العقاب فى التشريع الجنائى المصـــــرى التوفيق بين فكرة العدالة التى تقضى بأن تكون العقوبة متناسبة فى الشدة مع درجة مسئولية الجانى ، وفكرة حماية المجتمع التى تتطلب ان تكون العقوبة متناسبة فى الشدة معجسامة الجرم ٠

=

٥ - المذهب التوفيقى :

يوفق هذا المذهب بين المذهب التقليدى القائم على فكرة العـــدل واحترام الحرية الفردية والمذهب الحديث الذى يجعل العقـــاب مبنيا على الدفاع عن المجتمع من الاجرام والمذهب الموفق بين هذين المذهبين يقوم على أن العقاب وظيفة مزدوجة هى تحقيق العدالة التى مبناها عدم تجاوز العقوبة فى الشدة ، جسامة الجريمة وخطورتها ، والدفاعءن المجتمع الذى يحققه جعل العقاب مبنيا على الميل الاجرامى فى المجرم ، وذلك بتوقيع العقاب والعناية بالتدابير الوقائية للجريمة ٠

(مبادىء القسم العام فى التشريع الجنائى - للاستاذ على بدوى ص ١١ وما بعدها ،

مبادىء القسم العام فى التشريع العقابى - للدكتور رءوف عبيد ص ٥٢ وما بعدها) ٠

الفصل الثالث

منهج الشريعة الاسلامية فى تحديد الجرائم والعقوبات

سلك الشارع الاسلامى فى تحديد الجرائم والعقوبات المقدرة لهـــا مســـلكين :

الأول : بيان الجريمة مقترنة بالعقوبة المقدرة لها وذلك فى الحدود والقصـــاص ٠

الثانى : جرائم لم ينص الشارع على عقوبة مقدرة لها فى القــرآن أو السنة مع ثبوت نهى الشارع عنها لأنها معصية ، وهى جرائم التعزير ، ويقدر ولى الأمر العقوبة فيها تقديرا عاما ، ويترك للقاضى الاجتهاد فى تقدير العقاب المستحق فى كل حالة فى ضوء ظروفها بما يحقق العدالة

والحدود التى قدر الله سبحانه وتعالى عقوبتها بنص فى القرآن أو السنـــة هى :

١ ـ حد السرقة ٠ وهو ثابت بالنص بقوله تعالى :

(والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله)

٢ ـ حد الحرابة (قطع الطريق) ثبت بقوله تعالى :

(انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فسادا

ان يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خــــلاف أو ينفوا من الأرض) ٠

٣ ـ حد الزنا ٠ ثبت بقول الله تعالى :

(الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) ٠

هذا بالنسبة للزانى غير المحصن ٠ أما الزانى المحصن فعقوبته عند الجمهور الرجم ٠ أى الاعدام رميا بالحجارة أو ما يقوم مقامها ، وهذا الحد ورد بالسنة الصحيحة ، وقد خصص بها الجمهور عموم آية الجلد ٠

٤ ـ حد القذف والأصل فى هذه الجريمة قوله تعالى :

(والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شـــهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ، ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا ، وأولئك هم الفاسقون) ٠

٥ ـ حد البغى : ومن النصوص التى وردت فى البغاه وحكمهم قول الله تعالى :

(وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصـلحوا بينهمـا فان بغت احداهما على الأخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء الى أمر الله ٠ فانْ فاءت فاصلحوا بينهما بالعدل واقسطوا ، إن الله يحب المقسطين) ٠

٦ ـ حد الردة : وقد جاء عن الردة فى القرآن الكريم قوله تعالى :

(ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فاولئك حبطت أعمالهم فى الدنيا والآخرة ، وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون) ٠

وعقوبة الردة ثبتت بقوله ﷺ « من بدل دينه فاقتلوه » وبقــوله عليه الصلاة والسلام : « لا يحل دم أمرىء مسلم الا باحدى ثلاث : الثيب الزانى ، والنفس بالنفس ، والتارك للجماعة » ٠

٧ ـ ورد تحريم الخمر فى القرآن الكريم فى قوله تعالى :

(إنما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشــيطان فاجتنبوه) ٠

وقد ثبت حد الشرب بالسنة فقد قال النبى ﷺ فى شخص أتى به اليه « اضربوه »وقد روى ان النبى ﷺ قال : « من شرب الخمر فاجلدوه ثم إن شرب فاجلدوه ، ثم ان شرب فاجلدوه ثم ان شرب الرابعة فاقتلوه»

والقتل عند أكثر العلماء منسوخ ، وقد يقال انه تعزير يفعله الامام اذا اقتضى الأمر ذلك ٠ وقد قدر الصحابة فى عهد عمر رضى الله عنه الحد بثمانين جلدة ، ويروى أن التقدير تم فى عصر النبى ﷺ ٠

وأما العقوبات فى جرائم القصاص فقد قــدرت بالنص ، إما فى القرآن أو بمقتضى السنة النبوية أو عمل الصحابة ، وعملهم فى مثل هذه الأمور سنة تتبع على رأى جمهور الفقهاء ٠

والقصاص عقوبة مقدرة تجب حقا للفرد ، فهو يشترك مع الحدود فى كونه عقوبة مقدرة ، أى محددة ليس لها حد أدنى ولا حــــد أعلى يتراوح بينهما ، ولكنه يجب حقا للفرد بخلاف الحدود التى تجب حقا لله تعالى ، فللمجنى عليه أو ولى الدم العفو عنه اذا شاء ، فتســـقط

بهذا العفو العقوبة ويدخل تحت هذا النوع من الجرائم :

القتل العمد .

القتل شبه العمد .

القتل الخطأ .

الجرح العمد .

الجرح الخطأ .

ولكل جريمة من هذه الجرائم الحكم الخاص بها .

القتل العمد :

وردت النصوص فى القرآن الكريم والسنة النبوية ببيان حكم القتل العمد ، ومن هذه النصوص قوله تعالى :

« يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى ، الحـــر بالحر ، والعبد بالعبد ، والأنثى بالأنثى » .

وقوله تعالى :

« ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف فى القتل »

ومنها فى السنة حديث « لا يحل دم امرىء الا باحـــدى ثلاث » منها : النفس بالنفس .

وحديث « العمد قود » أن موجب العمد القود وهو القصاص .

والأصل فى الشريعة أن يعاقب بالقصاص على القتل العمد سواء كان القتل مقترنا بسبق إصرار أو ترصد أو غير مقترن ، وسـواء كانت هناك ظروف مخففة أم لم تكن ، ولا يجوز للقاضى تخفيف العقوبة أو استبدال غيرها بها ، وإنما يجوز لولى المجنى عليه أن يعفو فى القصاص، ولولى الدم أن يعفو مقابل الدية أو مجانا على تفصيل فى ذلك .

القتل شبه العمد :

بين رسول الله ﷺ حكم القتل شبه العمد فقال :

« الا إن فى قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الابـــل » .

وهذه الجريمة تقابل جريمة الضرب المفضى الى الموت فى القوانين الوضعية الحديثة ، وقد اختلف الفقهاء فى شان القتل شـــبه العمد ، فالمالكية وأهل الظاهر ينكرونه فهم لا يرون القتل الا عمدا أو خطأ ، وعندهم أن الجانى يسأل عن نتيجة فعله مادام الفعل مقصودا وكان فى ذاته عدوانا ، بينما يعترف جمهور الفقهاء بالقتل شبه العمد ويرون أن عقوبته الدية فقط .

القتــل الخطــأ :

والأصل فى العقاب على القتل الخطأ قوله تعالى :

« وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا الا خطأ ۚ ومن قتل مؤمنا خطـأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله إلا أن يصدقوا ، فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة ، وان كان من قوم بينـكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله وتحرير رقبة مؤمنة ، فمن لم يجـد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله ، وكان الله عليما حكيما » .

وهذا النص يدل على وجوب الدية فى القتل الخطــأ ، وكذلك الكفارة بعتق رقبة فان لم يجد فصيام ستين يوما .

الجراح فى العمد والخطأ :

تعاقب الشريعة على الجراح العمد بالقصاص كلما أمكن لقـــوله تعالى : « والجروح قصاص » .

وبين رسول الله الحكم بالسنة للأطراف اذا تعذر القصاص أو كان الاعتداء خطأ ، فروى عنه ﷺ أنه قال : « فى الأنف اذا أوعب مارنه جدعا الدية ، وفى اللسان الدية ، وفى الذكر الدية وفى اليدين الـدية وفى الرجلين الدية » .

وروى عن رسول الله ﷺ انه ذكر ديات الجراح اذا لم يكن فيهـا القصاص أو كان الاعتداء خطأ ففى الموضحة (وهى التى تكشف العظم)

خمس من الابل . وفى الهاشمة وهى التى تهشم العظم عشرة من الابل وفى الآمة وهى الجراحة الواصلة الى غشاء المخ ثلث الدية ومثلها الدامغة وهى التى تصل الى المخ باعتبارها تصيب أصل الدماغ وفى المنقلة وهى التى تبرز العظم وتهشمه وتنقله من مكان الى مكان خمس عشرة من الابل . والجائفة وهى من جروح البطن وهى التى تصل الى الجوف وما فيه وفيها ثلث الدية (١) .

أما الضرب الذى لا يترك أثرا ، فعقوبته فى الشريعة التعزير .

الحكمة فى تحديد عقوبات لجرائم معينة دون باقى الجرائم

الحكمة فى تحديد عقوبات لبعض الجرائم فى الاسلام بينما ترك تقدير العقوبات لما عداها من جرائم لولى الأمر ، ان جرائم الحدود تتسم بالخطورة وذيوعها يقضى على المجتمع الصالح ، وتتميز بعدم اختلاف النظر اليها باختلاف الزمان والمكان لذلك يقتضى أمن المجتمع وصلاحه مواجهتها بعقوبات محددة رادعة . فهذه الجرائم اما اعتداءعلى النفس كالقتل العمد ، واما اعتداء على العرض ، وذلك فى الزنا والقذف ، واما اعتداء على المال كما فى السرقة والحرابة (قطع الطريق) ، وأما اعتداء على العقل كما فى جريمة شرب الخمر ، واما

---

(١) التشريع الجنائى الاسلامى ج ٢ للاستاذ عبد القادر عودة ص ٢٨٠ - ٢٨٢ - العقوبة للشيخ محمد أبو زهرة ص ٦٣٧ ، ٦٣٨ .

اعتداء على الدين كما فى الردة ، واما اعتداء على أمن الدولة وسلامتها كما فى البغى ، فهذه الجرائم تنطوى على اعتداء على الأفراد وعلى الأسرة وعلى الملكية الخاصة ونظام الحكم فى الدولة ، لذلك فرضت لها الشريعة الاسلامية عقوبات مقدرة للقضاء عليها حتى يتحقق الردع والزجر والمنع من ارتكابها ٠

وطبقا لأحكام الشريعة الاسلامية توقع العقوبات التى حددها الشارع مقدما لجرائم الحدود والقصاص ، فاذا ما ثبت لدى القاضى ارتكاب الجانى جريمة من هذه الجرائم تعين عليه أن يقضى بالعقوبة التى قدرها الشارع ولا يجوز له أن يزيد عليها أو ينقص منها او ان يستبدل بها غيرها أو يوقف تنفيذها دون نظر الى الملابسات التى ارتكبت فيها الجريمة أو ظروف المجرم ، على انه فى القصاص لا يجوز الحكم على الجانى اذا عفا المجنى عليه اوصاحب الحق ، وأن كان يجوز أن يحكم عليه بعقوبة تعزيرية فى هذه الحالة ٠ ومرد التفرقة بين الحدود والقصاص أن الحدود واجبة لله تعالى ، وأن القصاص واجب حقا للافراد ، فلصاحب الحق أن شاء طلب استيفاء القصاص أو تركه بالعفو عن الجانى ٠ وأساس جعل القصاص من حق الأفراد ٠ أن الجرائم التى يجب فيها القصاص تتضمن نوعين من الاعتداء : اعتداء مباشر على نفس المجنى عليه ، وفيها أيضا اعتداء يقع على المجتمع الذى يهمه صيانة النفوس وسلامتها ، الا أن مساس هذه الجرائم بذات المجنى عليه تفوق ما يمس المجتمع بسببها ٠

أما الجرائم الأخرى وهى التعزيرات ، فقد ترك أمرها لولى الأمر يعالجه بمراعاة ظروف المجتمع القائم مسترشدا بهدى الشريعة وروحها ، وبذلك يتسم التشريع بالنسبة لهذه الجرائم بالمرونة ومسايرة ظروف المجتمع ٠

سلطة ولى الامر بالنسبة للتعزيرات ليست مطلقة

قال الفقهاء : إن ولى الأمر مقيد فيما يصدره من عقوبات تعزيرية بأربعة أمور :

أولها : أن يكون الباعث حماية المصالح الاسلامية المقررة ٠

ثانيها : ان تكون العقوبة ذات فعالية فى القضاء على الفساد دون إهدار لآدمية الفرد وكرامته ٠

ثالثها : أن يكون هناك تناسب بين الجريمة والعقوبة التى تقررلها

رابعها : أن يراعى المساواة بين الناس فى تطبيقها بحيث تطبق على جميع من تساوت مراكزهم القانونية دون استثناء ٠

الشريعة الاسلامية راعت مبدأ شرعية الجريمه وشرعية العقوبة

يبين مما تقدم أن الشريعة الاسلامية راعت مبدأ شرعية الجريمة وشرعية العقوبة ، فلا جريمة ولا عقوبة الا بنص ، فالجرائم والعقوبات فى الحدود محددة ومقدرة وهى لا تثبت الا بالنص ، وكذلك الشان فى القصاص ، أما فى التعزير فان سلطة ولى الأمر فى تقرير العقوبات عن المعاصى مقيدة بالضوابط السالف بيانها ، وأما سلطة القاضى بالنسبة لجرائم التعزير فهى تطبيق العقوبة التى نتفق مع ظروف الجريمة فى حدود العقوبة المقدرة بصفة عامة للجريمة ٠ لذلك فان مبدأ شرعية الجريمة وشرعية العقوبة فى مفهومه فى التشريعات الجنائية الحديثة مطبق فى الشريعة الاسلامية ، سواء بالنسبة لجرائم الحدود والقصاص ٠ أو بالنسبة لجرائم التعزير ٠

تحديد الجرائم فى القوانين الوضعية

من المبادىء المقررة فى التشريع الجنائى الحديث أنه لاجريمة ولا عقوبة الا بنص ، وقد نصت المادة ٦٦ من دستور جمهورية مصر العربية على هذا المبدأ مرددة فى ذلك ما كانت ننص عليه الدساتير السابقة ، وطبقا لهذا المبدأ يحدد الشارع سلفا الجرائم والعقوبات بنصوص مدونة، وتكون أحكام هذه النصوص نافذة من التاريخ الذى يحدد لنفاذها ، ويلتزم القاضى بهذه النصوص ، فلا يجوز له تجريم فعل لم ينص الشارع على تجريمه ، ولا تقرير عقوبة الا بناء على نص تشريعى مكتوب ٠ كما لا يجوز له أن يلجأ الى القياس اذا عرض عليه أمر لم يرد فيه نص ٠

أما تحديد الجرائم من حيث جسامتها فقد قسمها الشارع الوضعى فى المادة ٩ من قانون العقوبات المصرى الى جنايات وجنح ومخالفات ، والضابط فى هذا التقسيم هو نوع العقوبة المقررة لها فى النص الواجب التطبيق أو مقدارها بحسب الأحوال ، فان كانت العقوبة المقررة للفعل عقوبة جناية اعتبرت الواقعة جناية والا فهى جنحة أو مخالفة بحسب الحد الأقصى المقرر لها ، وذلك طبقا للمواد ١٠ و ١١ و ١٢ من قانون العقوبات آنف الذكر .

فتنص المادة ١٠ : على أن الجنايات هى الجرائم المعاقب عليها بالعقوبات الاتية .

الاعدام ـ الأشغال الشاقة المؤبدة ـ الأشغال الشاقة المؤقتة ـ السجن

وتنص المادة ١١ : على أن الجنح هى الجرائم المعاقب عليها بالعقوبات الاتية .

الحبس الذى لا يزيد أقصى مدته على أسبوع .

الغرامة التى يزيد أقصى مقدارها على جنيه مصرى

وتنص المادة ١٢ : على أن المخالفات هى الجرائم المعاقب عليها بالعقوبات الاتية .

الحبس الذى لا يزيد اقصى مدته على أسبوع .

الغرامة التى لا يزيد أقصى مقدارها على جنيه مصرى .

والعبرة طبقا لأحكام المادتين ١١ و ١٢ المشار اليهما تكون بالعقوبة الواردة بالنص المطبق لا بالعقوبة التى تقضى بها المحكمة ، فاذا كان

النص المطبق يخول المحكمة الحكم بالحبس مدة تزيد على أسبوع ، فالواقعة جنحة ولو قضت المحكمة بالحبس لمدة ٢٤ ساعة فقط .

وفى ٤ نوفمبر سنة ١٩٨١ صدر القانون رقم ١٦٩ لسنة ١٩٨١بشأن تعديل بعض أحكام قانون العقوبات معدلا نص المادتين ١١و١٢ منقانون العقوبات على النحو التالى :

مادة ١١ : « الجنح هى الجرائم المعاقب عليها بالعقوبات الاتية :

الحبس .

الغرامة التى يزيد أقصى مقدارها على مائة جنيه .

مادة ١٢ : « المخالفات هى الجرائم المعاقب عليها بالغرامة التى لا يزيد أقصى مقدارها على مائة جنيه » .

وبمقتضى هذا التعديل رفع الشارع عقوبة الغرامة فى الجنح والمخالفات والغى عقوبة الحبس فى المخالفات ، وقد استتبع ذلك أن أستبدل بنص المادة ٣٧٦ من قانون العقوبات مادة جديدة تتضمن قاعدة عامة مؤداها الغاء عقوبة الحبس الذى لا يزيد أقصى مدته على أسبوعفى كل نص ورد فى قانون العقوبات أو فى أى قانون آخر . وفى هذه الأحوال تضاعف عقوبة الغرامة المقررة بكل من هذه النصوص بحد أدنى مقداره عشرة جنيهات وبحد أقصى مقداره مائة جنيه ، كما عدل القانون المذكور عقوبة المخالفات المنصوص عليها فى المواد ٣٧٧و٣٧٨و٣٧٩و٣٨٠ من قانون العقوبات لتتلائم العقوبات المقررة لها مع رفع عقوبة الغرامة فى المخالفات والغاء عقوبة الحبس فيها .

وقد بررت المذكرة الايضاحية للقانون المذكور هذا التعديل بقولها: كان من شان الطفرة التى اكتنفت الأوضاع الاقتصادية أن أصبحت

عقوبة الغرامة المقررة لجرائم المخالفات والتى لا تزيد على جنيه واحد - جزاء تافها غير رادع - مما دعا الكثير من التشريعات الجنائية المكملة لقانون العقوبات الى مجاوزة هذا الأصل فى تقدير العقوبة ، وهو ما حدا بالمشرع الى رفع العقوبة فى المخالفات بحيث لا يزيد أقصى مقدارها على مائة جنيه ، حتى يحقق توقيعها الردع الكافى ، ويعود بذلك للعقوبة هدفها . ومن ناحية أخرى فانه تمشيا من المشرع مع الاتجاهات الحديثة فى السياسة الجنائية رؤى الغاء عقوبة الحبس فى المخالفات ، لما وجه الى العقوبات سالبة الحرية من انتقادات ولأن المخالفات لاتعكس اتجاها اجراميا لدى المخالف يتعين مواجهته بالحبس . ومن ثم نص المشروع على تعديل المادتين ١١ و ١٢ من قانون العقوبات كى تغدو الجنح هى الجرائم المعاقب عليها بالحبس أو بالغرامة التى بزيد أقصى مقدارها على مائة جنيه بينما المخالفات هى الجرائم المعاقب عليها بالغرامة فقط ، والتى لا يزيد اقصى مقدارها على مائة جنيه .

وهذا التقسيم يتلاقى مع تقسيم الشريعة الاسلامية الجرائم الى جرائم حدود وجرائم تعزير ، فى أن التقسيمين أساسهما جسامة الجريمة ومقدار العقاب المستمد من مقدارها ، ولكنهما يختلفان فى المدلول فى الجملة . ذلك أن التقدير فى التعزير متروك لولى الأمر ، لذلك فانه يستطيع أن ينشىء تلك الأنواع الثلاثة ، فله أن ينشىء فى ظل التعزير الجنايات التى تكون عقوبتها التعزيرية قريبة من الأشغال الشاقة أو السجن والتى قد تصل الى الاعدام .

كما أن له انشاء الجنح والمخالفات بمفهومها فى التشريعات العقابية الحديثة .

الفصل الرابع

مصادر التشريع العقابى فى الشريعة الاسلامية

يرى جمهور الفقهاء أن مصادر الفقـه ، أى أدلته الاجماليـة هى الكتاب والسنة والاجماع والقياس ، وقالوا : ان المصدر الحقيقى هـو الوحى كتابا كان أو سنة ، أما الاجماع والقياس فمردهما اليه ، وذلك لأن المجتمعين لا يضعون أحكاما من عند أنفسهم ولا يكون اجماعهـم الا مستندا لأحد هذين المصدرين،وقد اعتاد كثير من الأصوليين ذكر مصادر أخرى على أنها مصادر للفقه ، ومنها الاستحسان والمصالح المرسلة ، وهما من أنواع القياس ، وسد الذرائع والعرف والاستصحاب وكلهـا قواعد فقهية وليست دليلا يستند اليه فى استنباط حكم شرعى ٠

ونشير الى كل مصدر من هذه المصادر بكلمة موجزة ، لأن موضع دراستها بالتفصيل فى علم الأصول ٠

---

١ ـ القـــرآن

هو كتاب الله تعالى الذى أنزله على رسـوله محمد عليه الصلاة والسلام ، المنقول عنه نقلا متواترا وجميعه قطعى الثبوت . وهو مصدر الشريعة الأول . ولم يختلف الفقهاء فى حجيته وانما اختلفوا فى مسائل تتعلق بالنسخ والعموم والخصوص ومقتضى الأمر والنهى وغير ذلك مما يرجع الى طرق استفادة الأحكام منه (١) .

وقد بين القرآن الشريعة بنوعين من البيان :

الأول : أن يكون نص القرآن مجملا والسنة تبينه فقد قال تعالى : « وأنزلنا اليك الذكر لتبين للناس ما أنزل اليهم » .

الثانى : أن يكون النص مفصلا ، ومن ذلك نصـــوص القرآن فى أحكام المواريث والطلاق ، وكذلك أحكام الحدود والقصاص . كما ذكر القرآن أكثر المعاصى ونهى عنها .

---

(١) موسوعة جمال عبد الناصر فى الفقه الاسلامى ـ الجزء الاول ص ١٧ ، ٢٠ ، راجع تفصيل ذلك ـ أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة ـ من ص ٧٦ ـ ٣٠٥ .

٢ ـ السـنة

السنة النبوية هى الأصل الثانى من مصادر الشريعة ٠ وهى أقوال النبى ﷺ وأفعاله وتقريراته وهى شارحة للقرآن وبها كانت تبلغ الرسالة المحمدية ٠ وهى ثلاثة أقسام :

القسم الأول : تقرير لأحكام القرآن وليس فيه جديد عليه ، ولاتقييد لنص مطلق ولا توضيح لنص غامض ٠ ومن ذلك الحديث الوارد فى معنى القصاص مثل قوله ﷺ : « اذا قتل قتيل فأهله بين خيرتين ان أحبوا قتلوا ، وان أحبوا أخذوا العقل » وفى رواية أخرى ، « وان احبواعفوا»

القسم الثانى : سنة تبين المراد من القرآن الكريم ، وتقيد مطلقة وتفصل مجمله ٠ من ذلك بيان حد النصاب فى السرقة فقد قال الله تعالى: (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله) فان هذا النص مجمل فى النصاب الذى يقطع به وشروط النصاب وشـروط القطع مما بينته السنة ٠

القسم الثالث : سنة متضـمنة لحكم سـكت عنه القرآن مثل ، دية الجنين وتوريث زوجة المقتول من ديته ٠

---

٣ ـ القيـــاس

القياس لغة : التقدير يقال : قاس الأرض بالمتر اذا قدرهـــا به ٠ ويطلق ويراد به التسوية : يقال فلان لا يقاس بفلان فضلا أو علما أى لا يساويه فيه ٠

والقياس عند علماء الأصول هو الحاق مالا نص فيه بما فيه نص فى الحكم الشرعى المنصوص عليه بالكتاب أو السنة لاشتراكهما فى علة الحكم

ويعمل بالقياس فى عقوبات جرائم التعزير لأنها جميعا مبنية على تقدير ولى الأمر ، أو تقدير القاضى الذى يفوض اليه ذلك ٠

وأما بالنسبة لثبوت الحدود والقصاص بالقياس ، فقد اختلف الرأى بين الفقهاء فى جواز ذلك ٠

فقال الشافعية : إنها تثبت بالقياس ، وذلك لأن القياس طريق من طرق الاستنباط الصحيح ومن أدلة الشرع فيجوز أن تثبت به الحدود كما تثبت بالكتاب والسنة ، وقد قاس الشافعية اللواطة على الزنا وقـــرروا لها عقوبة مثل عقوبته ٠

وذهب الحنفية الى أن الحدود والقصاص لا تثبت فى جرائم بالقياس بل هى ثابتة فى جرائم معينة ، لا يجوز القياس عليها ، وحجتهم فى ذلك أن الأمور المقدرة لا يدخل فيها القياس والعقـــوبات فى الحـــدود والقصاص مقدرة ، والمقدرات لا تعرف عللها فلا يقاس عليها وهى حق الله تعالى ولا يجوز أن تفرض حقوق لله لم يبينها الله تعالى ٠

٤ ـ الاجمـــــاع

الاجماع لغة : العزم والتصميم ومنه قوله تعالى (فاجمعوا أمركم وشركاءكم) وورد بمعنىالاتفاق يقال : اجمعنا على كذا بمعنى اتفقنـا عليـه .

والاجماع عند علماء الأصول هو اتفاق علماء الأمة المجتهدين فى عصر من العصور على حكم من الأحكام الشرعية فى أمر من الأمـــور العملية ، استنادا الى نص فى القرآن أو السنة أو على قياس صحيح ، والذى ينعقد بهم الاجماع هم هؤلاء العلماء .

واذا ثبت أن المسالة بالاجماع فلا يسال عن سندها . ذلك أن اجماع العلماء على أمر لابد أن يعتمد على سند ، فاذا كان السند ظنيا كحديث آحاد ، فاذا انعقد الاجماع على الاستدلال به كان ما انتهى اليه الاجماع قطعيا لأن بهذا الاجماع قوى السند الى أن صار مدلوله قطعيا . وقد ثبتت بعض العقوبات باجماع الصحابة ، وقد ثبت أصل حد الشرب باجماعهم وان كانوا قد اختلفوا فى مقدار العقوبة ، وما اذا كانت تقدر بأربعين جلدة أو بثمانين جلده .

---

٥ ـ الاستحسان

الاستحسان لغة : عد الشيء حسنا ٠

وعند الأصوليين هو أن يحكم المجتهد في المسألة بغير ما حكم به في نظائرها بسبب اقتضى العدول ٠

والاستحسان لا يكون الا حيث لا يوجد نص فلا استحسان في موضع النص ، انما يكون الاستحسان عندما يكون القياس ٠ فاذا كان القيـاس مناف للمصلحة فيكون الاستحسان ، مثال ذلك اذا ضـرب شخص آخر فشلت يده من الضربة ، فالقصاص في هذه الحالة غير ممكن فتكون الدية في هذه الحالة استحسانا لتعذر القصاص ٠

مثال آخر : الأصل أن يكون الشهود عدولا في القضايا المعروضة على القضاء لأن العدالة هي التي ترجح جانب الصدق على جانب الكذب ٠ فاذا تعذر وجود الشهود العدول في البلد المعروضة فيه القضية ، فانه يجب على القاضي في هذه الحالة أن يقبل الشهادة ممن يوثق بقوله في الجملة حتى لا تضيع حقوق الأفراد ٠

٦ - المصلحة المرسلة

المصلحة : ما جلبت منفعة ودفعت مضرة ٠

ويعرف المالكية المصلحة المرسلة بأنها « كل مصلحة غير مقيدة بنص من الشارع يدعو الى اعتبارها أو عدم اعتبارها ، وفى اعتبارها مع هذا جلب نفع أو دفع ضرر » ٠

وعند المالكية والحنابلة تعتبر المصلحة وحدها دليلا مستقلا لاتلحق بغيرها من الأدلة ٠ وعندهم أن الشارع ما جاء الا لمصالح العباد ، فحيثما كانت المصلحة لأحكام الشرع فثمة حكم الله تعالى ٠

وقد اشترط الفقهاء لاعتبار المصلحة دليلا الشروط الثلاثة الاتية :

أولا : أن تكون المصلحة ملائمة لمقاصد الشارع فى الجملة بحيث لا تنافى أصلا من أصوله ولا دليلا من ادلته القطعية ، بل تكون متفقة مع المصالح التى قصد الشارع الى تحقيقها ٠

ثانيا : أن تكون المصلحة معقولة فى ذاتها ٠

ثالثا : ان يكون فى الأخذ بها رفع حرج لازم فى الدين ٠

وأن أحكاما عديدة فى الجرائم بنيت على مصالح منها ٠

١ - أجاز الصحابة ومن بعدهم التابعون نفى أهل الدعارة والفساد اتقاء شرهم ٠

٢ - كان عمر رضى الله عنه يعاقب على جريمة غش اللبن بإراقة اللبن المغشوش تاديبا للغاش ، وليفوت عليه مقصده ٠

٣ - روى عن عمر رضى الله عنه أنه أعفى من القصاص رجلا قتل آخر كان يفسق بامرأته وقد اشترط الفقهاء لهذا الاعفاء أن يشهد أربعة شهود بالواقعة لأن اجازة القتل مبنى على الزنا وهو لا يثبت الا بأربعة شهود ٠

٤ - قرر الصحابة قتل الجماعة بالواحد اذا اشتركوا فى قتله لأن المصلحة تقتضى ذلك ، ذلك أن القتيل معصوم الدم وقد قتل عمدا ، واذا قيل ان الجماعة لا تقتل بالواحد لأدى ذلك الى اشراك اثنين فى القتل للنجاة من القصاص ، لذلك تقتضى المصلحة قتل الجماعة بالواحد ٠

---

٧ - سد الذرائع

هو رفع الوسائل التى تؤدى الى المفاسد والأخذ بالوسائل التى تؤدى الى المصالح ، ومؤدى ذلك أن وسيلة المحرم تكون حراما ، ووسيلة الواجب تكون واجبة ٠ فالفاحشة حرام والنظر الى عورة الأجنبية حرام ، لأنه يؤدى الى الفاحشة ٠ ومن ذلك النهى عن اقامة حد السرقة فى الغزو حتى لا يلتحق الجناة بالمشركين ، وتوريث المطلقة طلاقا بائنا فى مرض الموت ، حتى لا يكون الطلاق ذريعة للحرمان من الميراث

والقصد من تقرير هذا الأصل هو دفع المفاسد بدفع وسائلها وجلب المصالح بالأخذ بوسائلها ٠

٨ ـ العـــــرف

العرف ما اعتاده الناس من معاملات واستقامت عليه أمورهم ، والأصل فى ذلك قول النبى ﷺ : « ما يراه المسلمون حسنا فهو عند الله أمر حسن » .

والعرف بالنسبة لأوامر القرآن والسنة ثلاثة أقسام :

الأول : عرف يكون الأخذ به استجابة لامر من الامور الشرعية ، كالعرف الذى يسوغ للمرأة أن تأخذ من مال زوجها بغير اذنه ما يكفيها وولدها بالمعروف ، والعرف الذى يجيز للوالد أن يأخذ من مال ولده ما يكفيه . والعرف فى تأجيل بعض الصداق الى أقرب الأجلين الطلاق أو الوفاة . وهذه الأعراف لها أصل فى النصوص الدينية .

الثانى : العرف الذى يكون فيه أخذ بأمر حرمه الشارع بنص قاطع . أو يكون فيه اهمال لواجب ، وهذا العرف لا يؤخذ به لما يترتب عليه من ابطال الأحكام الشرعية .

الثالث : العرف الذى لم يثبت نهى عنه . يأخذ به الحنفية ، والعرف العام عندهم يخصص النصوص اذا كانت ظنية ويقيد المطلق ، ويأخذ المالكية بالعرف باعتباره ضربا من ضروب المصلحة .

٩ ـ الاستصحاب

فى اللغة يقال : استصحب الشىء لازمه ولاءمه ، واستصحب فلان فلانا اذا لامعه فلازمه ، واستصحب الشىء طلبه .

ويعرف الأصوليون الاستصحاب بأنه استدامة اثبات ما يكون ثابتا أو نفى ما يكون منفيا ، اى بقاء الحكم الثابت نفيا واثباتا حتى يقوم دليل على تغيير الحال .

وهذا الأصل يتفق مع المبادىء الحديثة فى الفقه الجنائى من ان الاباحة ثابتة لا تحريم فيها حتى يصدر النص القانونى الذى يحرم الفعل وينص على العقاب ، وبتطبيق ذلك على الأحكام الجنائية يتحقق أمران :

الأول : أن البراءة تكون ثابتة حتى يقوم دليل يغير هذه البراءة .

الثانى : أنه لا يجوز العقاب على أفعال ارتكبت قبل تأثيم هذه الأفعال من ولى الأمر ، والا يكون قد خالف اصلا شرعيا مقررا .

مصادر التشريع العقابى الوضعى

مصادر التشريع العقابى الوضعى هى :

أولا : القوانين :

وهى التشريعات التى تصدرها السلطة التشريعية ، وقد خص دستور جمهورية مصر العربية فى المادة ٨٦ منه هذه السلطة بممارسة التشريع .

ثانيا : القرارات بقوانين :

وهى القرارات التى يصدرها رئيس الجمهورية وتكون لها قوة القانون فالمادة ١٠٨ من دستور جمهورية مصر تجيز لمجلس الشعب تفويض رئيس الجمهورية عند الضرورة ، وفى الأحوال الاستثنائية ان يصدر قرارات لها قوة القانون ، وطبقا للمادة ١٤٧ من هذا الدستور لرئيس الجمهورية سلطة اصدار قرارات لها قوة القانون فيما بين ادوار انعقاد مجلس الشعب أو فى فترة حله ، وذلك بالشروط والأوضاع التى تنص عليها تلك المادة .

ثالثا : اللوائح والقرارات الادارية :

وتصدر من السلطة التنفيذية لتنفيذ ما تنص عليه القوانين أو القرارات بقوانين ، وقد يصدرها الوزير المختص أو تصدرها السلطة المحلية كالمحافظ ، وقد نصت المادة ١٤٤ من دستور جمهورية مصر العربية على ان يصدر رئيس الجمهورية اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين وله أن يفوض غيره فى اصدارها ويجوز أن يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه كما نصت المادة ١٤٥ من هذا الدستور على أن يصدر رئيس الجمهورية لوائح الضبط . وهى لوائح تصدر بقصد المحافظة على الأمن العام والسكينة العامة والصحة العامة . وتتضمن هذه اللوائح فى الغالب عقوبات لمن يخالفها . وتقضى المادة ٣٩٥ من قانون العقوبات بان يجازى بالعقوبات المقررة فى تلك اللوائح بشرط الا تزيد على العقوبات المقررة للمخالفات .

رابعا : التشريعات الاستثنائيه عند اعلان حالة الطوارىء :

ويتعين فى هذه الحالة أن تكون الأوامر التى تصدر من السلطة

القائمة على نظام الطوارىء فى الحدود المنصوص عليهـــا فى قانون الطوارىء ولا تجاوزها ٠

الغاء التشريع العقابى :

يلغى التشريع العقابى بصدور تشريع آخر يلغيه ، ويلغى التشريع الاقوى التشريع الاقل درجة لا العكس فالدستور ، وهو أسمى القوانين ، قد يلغى نصا واردا فى قانون ٠ وقد يلغى القانون نصا واردا فى لائحة، ولكن القانون لا يلغى الدستور ، واللائحة لا تلغى القانون ٠



الفصل الخامس

سريان التشريع الجنائى الاسلامى
من حيث الزمان والمكان والأشخاص

أولا : سريان التشريع الجنائى الاسلامى من حيث الزمان :

عدم سريان التشريع العقابى على الماضى :

الأصل فى الشريعة الاسلامية أن التشريع العقابى لا يسرى الا بعد صدوره ، فلا يطبق هذا التشريع على الماضى ، ولا يسرى على فعل كان مباحا قبل صدوره ثم حرمه الشارع وفرض له عقوبة .

وتدل نصوص القرآن الكريم على ان التشريع الجنائى لا يطبق على الماضى ، ذلك أن هذه النصوص كانت تقرر التحريم الذى يرد على أمر كان شائعا قبل الاسلام باستثناء ما وقع قبل الاسلام .

من ذلك أن الله سبحانه وتعالى حرم نكاح زوجة الأب ، بعد أن كان ذلك جائزا فى الجاهلية واستثنى من ذلك ما تم من قبل فقد قال الله تعالى : « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء الا ما قد سلف انه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا » .

وحرم الله تعالى الجمع بين الأختين فى عصمة واحدة ، واستثنى

من هذا الاثم ما تم قبل تقرير هذا التحريم . قال تعالى : « وان تجمعوا بين الأختين الا ما قد سلف » .

وقد وردت آيات فى القرآن الكريم تقرر مبدأ عدم رجعية التشريع العقابى فى الشريعة الاسلامية من ذلك قوله تعالى :

« وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا » .

وقوله تعالى : « وما أهلكنا من قرية إلا لها منذرون » .

سريان التشريع العقابى على الماضى اذا كان فى صالح المتهم :

سبقت الشريعة الاسلامية القوانين الوضعية الحديثة فيما قررته من سريان التشريع العقابى على الماضى ان كان فى صالح المتهم .

ونورد فيما يلى مثلين لذلك :

١ - اللعـــان :

روى أن رجلا جاء الى النبى صلى الله عليه وسلم وقال « يا رسول الله ، ان الرجل يجد الرجل مع أهله فان قتله قتلتموه ، وان تكلم ضربتموه ، وان سكت سكت على غيظ اللهم بين » فنزل قوله تعالى : « والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين . ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين . والخامسة أن غضب الله عليها ان كان من الصادقين » .

وقد طبقت هذه الآية على واقعة القذف المنسوبة الى المتهم قبل نزول الآية ، باعتبار أن قاعدة اللعان التى يترتب عليها عدم استمرار الزوجية

لفقد الثقة بين الزوجين أخف من حد القذف الذى كان ساريا قبل نزول الآيـــة .

٢ ـ الظهـــار :

الظهار ان يشبه الرجل امرأته فى تحريمها على نفسه باحدى محارمه فيقول مثلا : أنت على كظهر أمى ، وكان اذا قال ذلك حرمت عليه على التأبيد ، وكان ذلك ساريا فى الجاهلية وفى أول الاسـلام ويروى أن امرأة أوس بن الصامت جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله طالت صحبتى مع زوجى وأكل شبابى ونثرت له بطنى ، حتى اذا كبر سنى وانقطع ولدى ظاهر منى ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسـلم : حرمت عليه ، فقالت : أشـــكو الى الله فاقتى وكررت ما قالت ، ورسول الله يكرر : حرمت عليه ، فنزل قول الله تعالى :

« قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها وتشتكى الى الله ، والله يسمع تحاوركما أن الله سميع بصير ، الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم أن امهاتهم الا اللائى ولدنهم وانهم ليقولون منـكرا من القول وزورا وإن الله لعفو غفور ، والذين يظاهرون من نســـائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبـــل أن يتماسا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله وتلك حدود الله وللكافرين عذاب اليم » .

والحكم الذى نزل بالتكفير عن الظهار بالاعتاق أو بصوم شـهرين متتابعين أو باطعام ستين مسكينا هو تخفيف للحكم الذى كان قائما وهو

التحريم المؤبد وهو حكم شديد على المرأة والرجل معا ، فخفف هـذا الحكم على النحو الوارد بالآية ، وطبقت احكام هذه الآية على الواقعة التى نزلت بمناسبتها الاية ، اى على واقعة حدثت قبل نزول النص وطبقت بأثر رجعى لما تضمنته من حكم فيه صالح المتهم (١) ٠

ويترتب على ما توجبه أحكام الشريعة الاسلامية من تطبيق التشريع العقابى الأصلح للجانى ما يلى :

١ ـ اذا كان التشريع الجديد يشدد العقوبة على الفعل فلا يطبق على الجانى الذى ارتكب الفعل فى ظل القانون القـــديم الذى تضـمن عقوبة أخف ٠

٢ ـ اذا صدر التشريع الأصلح للمتهم بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائيا طبق هذا التشريع على الفعل الذى ارتكب فى ظل التشريع القـــديم ٠

٣ ـ اذا صدر قانون بعد الحكم النهائى يجعل الفعل الذى عوقب الجانى على ارتكابه غير معاقب عليه يوقف تنفيذ الحكم وتنتهى آثاره الجنائية ٠

---

(١) يراجع كتاب الفقه الجنائى المقارن للمستشار احمد موافى ص ١٠٢ ، وكتاب الجريمة للشيخ محمد ابو زهرة ص ٣٢٧ ، وقارن الاستاذ أحمد فتحى بهنسى فى كتابه العقوبة فى الفقه الاسلامى ص ٣٩ ، اذ يرى أن الظهار بعيد من أن يكون جرما معاقبا عليه بعقوبات جنائيـة بحتة ، وقد يكون فيه الكفارة وهى أقرب الى العبـــادات منها الى العقوبات ٠

ثانيا : سريان التشريع العقابى من حيث الزمان فى التشريع الوضعى :

من المبادىء الاساسية فى الشرائع الوضعية الحديثة ان التشريع العقابى النافذ وقت ارتكاب الجريمة هو التشريع الواجب التطبيق وان التشريع العقابى لا يسرى على الماضى وعلى هذا تنص المادة ٦٦ من دستور جمهورية مصر العربية ، فلا عقاب الا على الافعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون · وقد نظمت المادة ٥ من قانون العقوبات المصرى ضوابط سريان التشريع الجنائى من حيث الزمان ، فنصت على أن « يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها - ومع هـذا اذا وقع بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائيا قانون اصلح للمتهم فهو الذى يتبع دون غيره ، واذا صدر قانون بعد حكم نهائى يجعل الفعل الذى حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه يوقف تنفيذ الحكم وتنتهى آثاره الجنائية ·· » ·

وهذا النص يقرر :

أولا : عدم رجعية التشريعات العقابية الأسوأ للمتهم ·

ثانيا : رجعية التشريعات العقابية الأصلح للمتهم ·

على التفصيل الوارد به ·

وهذا الذى انتهت اليه التشريعات العقابية الحديثة ، مقرر فى الفقه الجنائى الاسلامى ·

ثالثا : نطاق سريان التشريع العقابى الاسلامى من حيث المكان :

الأصل ان الشريعة الاسلامية نزلت لتطبق على الناس كافة فى أى مكان فهى شريعة عالمية لامكانية ، الا أن تطبيق أحكام الشريعة مرتبط بسلطان المسلمين فكلما امتد هذا السلطان اتسع نطاق تطبيق هذه الشريعة ، فالشريعة من الناحية النظرية شريعة عالمية ومن ناحية الواقع شريعة اقليمية يتحدد نطاقها بدار الاسلام . وقد اختلف الفقهاء فى نطاق تطبيق التشريع العقابى الاسلامى . وفيما يلى ايجاز لآراء الفقهاء فى هذا الشان :

١ - بالنسبة للجرائم التى ترتكب فى اقليم الدولة :

(أ) الجرائم التى لها عقوبات مقدرة وهى الحدود والقصاص :

الأصل أن عقوبات الحدود والقصاص هى جزء من الأحكام الدينية ولا تختلف فى اقليم عن اقليم ولذلك فانها تطبق على كل من يحل فى الديار الاسلامية لا فرق فى ذلك بين مسلم وغير مسلم .

على أنه بالنسبة لحد الشرب . فيرى أبو حنيفة أن غير المسلمين غير مخاطبين بالتكليفات الاسلامية والا كان ذلك تدخلا فى حريتهم الدينية . لذلك فان شرب الخمر من الذميين ليست جريمة تستحق العقاب .

الاسلامية فهى من النظام العام ، فتسرى على القاطنين فى الاقليم بغير استثناء .

ويرى أبو يوسف أن أحكام الشريعة الاسلامية تسرى على كل من يقيم فى دار الاسلام ، سواء كان مسلما أو ذميا أو مستامنا ، لان المسلم ملزم بمراعاة أحكام الاسلام ، والذمى ملزم بمراعاتها بمقتضى عقد الذمة الذى يضمن له الأمان الدائم ، والمستامن ملزم بهذه الاحـــكام بمقتضى عقد الأمان المؤقت والذى التزم بمقتضاه بأحكام الاسلام مدة اقامته (١) .

ويرى أبو حنيفة أن المستامن اذا ارتكب جريمـة تمس حـق الله فلا تطبق عليه أحكام الشريعة ، وان كانت مما يمس حقوق الافراد فانها تطبق فى شانه ، ويعلل أبو حنيفة ذلك أن المستامن عندما دخل دار الاسلام مقيما لمدة محدودة التزم بعدم الاعتداء على حقوق العبـــاد ، أما ما يكون من الحدود حقا خالصا لله تعــالى فانه من التدين ولم يلتزم المستامن بالأمان الذى أخذ عليه وقت دخوله دار الاسلام أن يتبع أحكام الاسلام فى العبادات (٢) .

---

(١) دار الاسلام : هى كل ما دخل من البلاد فى محيط سلطان الاسلام ونفذت فيه احكامه وأقيمت شعائره . وتسمى دار العدل ، لأن العدل واجب فيها بين اهلها بمراعاة المساواة بينهم فى الحقـــوق والواجبات ، وتضم دار الاسلام جميع الاقاليم الاســـلامية مهما كانت متباعدة . ورعاياها : المسلمون وغير المسلمين الذين يقيمون فيها اقامة دائمة ويعرفون بالذميين . أما المستامنون فهم الذين دخلوا دار الاسلام بأمان خاص . ويشبهون الاجانب الذين يقيمون فى دولة اخرى اقامـــة مؤقتة بترخيص خاص ، والمسلمون والذميون فى دار الاسلام يكونون شعبا واحدا يتمتع فيه الذميون فى دار الاسلام بما يسمى فى الـــوقت الحاضر بالجنسية التى تربطهم بالدولة الاسلامية .

وهذا الرأى موضع نظر ، لأن الحدود فرضت لدرء الفســاد من المجتمع الاسلامى ، ومن يدخل دار الاسلام يلتزم بداهة بتجنب المفاسـد وان الأخذ بهذا الرأى مؤداه ان يكون المستأمن فى حل من ارتــكاب جرائم الحدود دون عقاب . وهو ما يتعارض مع ســيادة الدولة فى اقليمها وما تقتضيه هذه السيادة من تطبيق الدولة التشريعات العقابية التى تحفظ كيان المجتمع على القاطنين فى اقليمها .

(ب) العقوبات التعزيرية :

يرى جمهور الفقهاء أن هذه العقوبات ليست مقدرة بنص شرعى ، وانما يقدرها ولى الأمر فى ضوء الظروف القائمة فى الاقليم . ومن ثم فقد تفرض هذه العقوبات فى اقليم دون آخر وفقا لمقتضيات الظـروف فاذا ما فرضت هذه العقوبات فى اقليم معين فانها تطبق على القاطنين فيه سواء كانوا مسلمين أو غير مسلمين .

ويرى أبو حنيفة عدم تطبيق هذه العقوبات على المســتأمنين اذا كان ما ارتكبوه يمس حق الله تعالى وتطبيقها عليهم اذا كان ما ارتكبوه يمس حقوق الأفراد .

٢ ـ بالنسبة للجرائم التى ترتكب خارج اقليم الدولة :

رأى الجمهور :

يرى جمهور الفقهاء أن ولاية الدولة الاسلامية تمتد الى المسـلمين أينما أقاموا ، فاذا ارتكب المسلم ما يوجب الحد وعاد الى دار الاسلام اقيم عليه الحد ونفذ فيه · ويطبق ذلك على الذمى ما دام باقيا على ذميته راضيا بالولاية الاسلامية ، لأنه بانتمائه للدولة الاسـلامية بعقد الذمة ورضاه ببقائه يظل مشمولا بالولاية الاسلامية ولا تنخلع عنه تلك الولاية ·

ويعاقب على الأفعال التى ترتكب خارج دار الاسـلام ما دامت تستحق العقاب طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية ولو كانت فعلا مباحا فى البلاد التى وقعت فيها ، ومرد ذلك أن الاسلام أثم هذه الافعال لما فيها من فساد ، وانه لا يجوز للمسلم أو المشمول بالولاية الاسلامية أن يرتكب الاثم أينما كان ·

وأما المستامن فلا يسال فى دار الاسلام عن الجرائم التى يرتكبها فى غير الديار الاسلامية ، لأنه لا ولاية للدولة الاسـلامية عليه فى مدة اقامته فى دار الحرب ، وأما سريان العقاب عليه أثناء اقامته فى دار الاسلام اذا ارتكب جريمة فيها فيرجع الى التزامه باحكام الاسلام فى تلك الفترة المؤقتة لا لأنه دخل فى ولاية المسلمين ·

راى أبى حنيفة :

يرى أبو حنيفة انه لا عقوبة على مسلم أو ذمى عن جريمة توجب حدا ، كما يرى أنه لا قصاص على الجرائم التى تقع فى دار الحرب مع وجوب الدية ٠

وأساس هذا الرأى أن العبرة بثبوت الولاية العامة الفعلية القادرة على تنفيذ العقاب وقت ارتكاب الجرم ، اذ لا عبرة فى هـذا الشـأن بالولاية الحكمية ٠

وتجب الدية حتى لا يهدر الدم اذا كان المقتول معصوم الدم ،ولأن الدية تثبت فى مال الجانى وقد يكون له مال فى دار الاسلام

ويتفق ابو يوسف مع أبى حنيفة فى أن أحكام الشريعة لا تسـرى على الجرائم التى ترتكب فى دار الحـرب ولـو من المقيمين فى دار الاسلام للاعتبارات السالف بيانها ٠

رابعا : سريان التشريع العقابى من حيث المكان فى القانون الوضعى

التشريع العقابى من القوانين المتعلقة بسيادة الدولة على اقليمها ، فمن مظاهر هذه السيادة حق الدولة فى معاقبة كل من يرتكب جريمـة فى اقليمها أيا كانت جنسيته ، وبهذا تقضى المادة الأولى من قـانون العقوبات المصرى فتنص على أن « تسرى أحكام هذا القانون على كل من يرتكب فى القطر المصرى جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه » ، ومبدأ اقليمية قانون العقوبات يتضمن قاعدتين :

الأولى : جميع الجرائم التى تقع على اقليم الدولة يحكمها التشريع العقابى النافذ فى اقليم الدولة ، بغض النظر عن جنسية مرتكبيها ٠

الثانية : أن الجرائم التى ترتكب خارج اقليم الدولة لا يحـــكمها التشريع العقابى النافذ فى اقليم الدولة بصـــرف النظر عن جنســـية مرتكبيهـــا .

وهناك استثناءات فى التشريع العقابى المصرى ، ترد على هاتين القاعدتين :

الاستثناء الأول :

لا يسرى التشريع العقـــابى المصرى على جرائم تقع على مصر اذا ارتكبها أشخاص يتمتعون بحصانات معينة وهذه الحصانات :

١ - حصانة سياسية :

حيث يجرى العرف الدولى على عدم سريان تشريع الدولة الجنائى على رؤساء الدول الأجنبية وأفراد أسرهم ورجال السلك الســـياسى الأجنبى .

٢ - حصانة دستورية :

ومقتضاها عدم مؤاخذة أعضاء مجلس الشعب عمـــا يبدونه من الأفكار والآراء فى أداء أعمالهم فى المجلس أو لجانه وذلك على ماتقضى به المادة ٩٨ من الدستور لتوفير الحرية لممثلى الشعب فى أداء أعمالهم

٣ - حصانة قضائية :

تقرر هذه الحصانة المادة ٣٠٩ من قانون العقوبات المصرى وذلك بنصها على عدم سريان الأحكام الخاصة بالسب والقذف والبلاغ الكاذب ، على ما يسنده أحد الخصوم لخصمه فى الدفاع الشفوى أو الكتابى أمـــام المحاكم وذلك لكفالة حق الدفاع للمتقاضين .

الاستثناء الثانى :

وهو امتداد التشريع العقـــابى المصرى الى جرائم تقع فى اقليم أجنبى استثناء من قاعدة اقليمية القوانين العقابية ·

وقد حدد قانون العقوبات المصرى هذه الجرائم وبين شروط امتداد التشريع العقابى المصرى الى هذه الجرائم والمحاكمة عنهـــا وذلك فى المواد ٢ و ٣ و ٤ (١) ·

ويبين مما اوردناه من احكام سريان التشريع العقابى فى الشريعة الاسلامية من حيث المكان واحـــكام قانون العقوبات المصـــرى فى هذا الخصوص ·

---

(١) ٢ ـ مادة ٢ ـ تسرى احكام هذا القانون ايضا على الاشخاص الاتى ذكرهم ·

(أولا) كل من ارتكب فى خارج القطر فعلا يجعله فاعلا أو شريكا فى جريمة وقعت كلها أو بعضها فى القطر المصرى ·

(ثانيا) من ارتكب فى خارج القطر جريمة من الجرائم الاتية :

(أ) جناية مخلة بامن الحكومة مما نص عليه فى البابين الاول والثانى من الكتاب الثانى من هذا القانون ·

(ب) جناية تزوير مما نص عليه فى المادة ٢٠٦ من هذا القانون ·

(جـ) جناية تقليد أو تزييف أو تزوير عملة ورقية أو معدنية مما نص عليه فى المادة ٢٠٢ أو جناية ادخال تلك العملة الورقية أو المعدنية المقلدة أو المزيفة أو المزورة الى مصر أو اخراجها منها أو ترويجها أو حيازتها بقصد الترويج أو التعامل بها مما نص عليه فى المـــادة ٢٠٣ بشرط أن تكون العملة متداولة قانونا فى مصر ·

مادة ٣ : كل مصرى ارتكب وهو خارج القطر فعلا يعتبر جنـــاية أو جنحة فى هذا القانون يعاقب بمقتضى أحكامه اذا عاد الى القطر وكان الفعل معاقبا عليه بمقتضى قانون البلد الذى ارتكبه فيه · =

اولا : أن قانون العقوبات المصرى يتفق مع أحكام الشريعة فيما يلى :

١ - ما تنص عليه المادة الأولى من قانون العقوبات من تطبيق[١] احكامه على كل من يرتكب فى مصر جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه سواء كانوا مصريين أو اجانب ، يتفق مع رأى جمهور الفقهاء فى مساءلة المسلمين والذميين والمستأمنين عن كل جريمة يرتكبونها فى دار الاسلام ٠

٢ - تقضى المادة الثانية والمادة الثالثة من قانون العقوبات بمساءلة المصريين عن الجرائم المنصوص عليها فيهما التى يرتكبونها فى الخارج وهذا يتفق مع رأى جمهور الفقهاء من أن ولاية الدولة الاسلامية بالنسبة للمسلمين تمتد الى الجرائم التى يرتكبونها فى الخارج ٠

ثانيا : وتختلف أحكام القانون المذكور عن أحكام الشريعة فيما يلى :

١ - تشترط المادة الثالثة من قانون العقوبات لمحاكمة كل مصرى ٠ ارتكب فعلا يعتبر جناية أو جنحة وهو فى الخارج أن يكون معاقبا على هذا الفعل فى مصر وفى البلد التى ارتكب فيه الفعل ، بينما الحكم فى الشريعة طبقا لرأى جمهور الفقهاء أن الفعل لو كان مباحا فى دار الحرب

= مادة ٤ : لا تقام الدعوى العمومية على مرتكب جريمة أو فعل فى الخارج الا من النيابة العمومية ٠

ولا تجوز اقامتها على من يثبت أن المحاكم الأجنبية برأته مما أسند اليه أو أنها حكمت عليه نهائيا واستوفى عقوبته ٠

معاقبا عليه فى دار الاسلام ، فان المسلم الذى يرتكب الفعل فى دار الحرب يعاقب عند عودته الى دار الاسلام عن ارتكابه هذا الفعل ·

٢ - طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية لا تمتد الولاية الاسلامية على ما يرتكبه الحربى من جرائم فى دار الحرب ، بينما يعاقب قانون العقوبات المصرى الأجنبى اذا ارتكب وهو خارج مصر جريمة من الجرائم التى تنص عليها المادة الثانية من القانون المذكور ·

خامسا : سريان أحكام الشريعة الاسلامية من حيث الأشخاص :

مبدأ شخصية العقوبة :

من المبادىء التى قامت عليها الشريعة الاسلامية مبدأ شخصية العقوبة ، فلا توقعُ على غير الجانى ، وهذا المبدأ له دلالات كثيرة فى القرآن الكريم من ذلك قوله تعالى : « ولاتزر وازرة وزر أخرى » وقوله « كل نفس بما كسبت رهينة » ·

وقد ذهب البعض الى أن تحميل العاقلة (١) الدية مع الجاني فى القتل شبه العمد والقتل الخطأ استثناء من مبدأ شخصية العقوبة ، بيد أن هذا النظام نوع من التضامن الجماعى شرع لصالح ورثة القتيل والجانى يكفل استيفاء الورثة حقوقهم كاملة ويجنبهم اعسار الجاني ويخفف فى

---

(١) العاقله - اسرة الشخص الذى ينتمى اليهم عن طريق لا تتوسط قرابتهم فيه أنثى ·

ذات الوقت العبء عن الجانى فى جرائم لا يتوافر فيها العمد ، وعلى هذا المقتضى ذهب بعض الشراح الى القول أن مشاركة العاقلة فى أداء الدية فى هذه الحالة نوع من المسئولية المفترضة فى أمر يتعلق بتعويض من لحقهم الضرر فى جرائم غير عمدية ، ولا يتضمن اســتثناء لمبدأ شخصية العقوبة (١) .

مبدأ عمومية العقوبة :

من المبادىء التى قام عليها التشريع الجنائى الاسلامى مبدأ عمومية العقوبة أو المساواة أمامها بحيث تطبق العقوبة على الناس كافة فتطبق على الحاكم والمحكوم والغنى والفقير . وقد وردت النصوص المقررة لمبدأ المساواة فقال الله تعالى (يا أيها الناس انا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا ان اكرمكم عند الله اتقاكم) وقـال النبى عليه الصلاة والسلام « كلكم لآدم وآدم من تراب لا فضـل لعربى على أعجرى الا بلتقوى » قال ﷺ كماقال « الناس سواسية كأسنان المشط»

وقد روى ان بعض الصحابة طلبوا من رسول الله العفو عن إحدى سيدات قريش « المخزومية » فى حد السرقة فغضب رسـول الله وقال : « أيها الناس انما أهلك من كان قبلكم أنهم كانوا اذا سرق فيهم الشريف تركوه ، واذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد ، وايم الله ، لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها » .

---

(١) الفقه الجنائى المقارن .. المستشار أحمد موافى ص ١٤٥ .

وقد قال أبو حنيفة بحكم خاص بالنسبة للامام الذى ليس فوقه أحد من الولاة بحكم منصبه ، أنه اذا ارتكب ما يوجب القصاص وجب عليه القصاص لأن حق القصـــاص من حقوق العباد ولصـــاحب الحق فيه أن يستوفيه فيكون الامام فى هذه الحقوق كغيره . أما اذا ارتكب ما يوجب الحد فلا ينفذ فيه حكم الحد لأن الحد حق الله تعالى وهو المكلف باقامته، ومن المتعذر إقامة الحد على نفسه ولا ولاية لأحد عليه لينفذ عليه الحد

وعند جمهور الفقهاء يعاقب الامام بكل العقوبات المقدرة لافرق بين حد أو قصاص لأنه مسئول عن جرائمه لأن الجرائم محرمة على الناس جميعا ، وتعذر التنفيذ لا يسقط الحد وانما يبقى الحد حتى تتاح فرصة لتنفيذه وقد يتولى التنفيذ القاضى أو الولاة الذين هـم دونه محاكمته .

سادسا : سريان التشريع العقابى الوضعى من حيث الأشخاص :

مبدأ شخصية العقوبة ومبدأ عمومية العقوبة فى التشريع الوضعى :

مبدأ شخصية العقوبة ومبدأ عمومية العقوبة مطبقان فى التشريعات الجنائية الحديثة ، ومن بينها التشريع العقابى المصرى .

فبالنسبة لمبدأ شخصية العقوبة ، فان العقوبة فى التشريع العقابى المصرى لا تصيب الا شخص الجانى الذى تثبت ادانته دون غيره ، وهذا لا يتعارض مع ما تلحقه العقوبة بطريق غير مباشر بغير الجانى ،فعقوبة الغرامة قد تضر بمن يعولهم الجانى المحكوم عليه بها وعقوبة الحبس قـد تحرم أفراد أسرة الجانى الذين يعولون فى معيشتهم على كسبه من العمل من هذا الكسب خلال فترة تنفيذ العقوبة ، لأن هذه النتائج ليست مقصودة لذاتها يتدخل الشارع بتقرير العقاب .

وبالنسبة لمبدأ عمومية العقوبة ، فالأصل أن جميـــع الأفراد امام القانون سواء دون اعتبار لمكانتهم الاجتمـاعية ، الا أن ذلك لا يعنى أن يستوى أثر العقوبة أو درجتها حتما فى تطبيقها على المجرمين من جميع الطبقات ، ذلك أن عقوبة الغرامة مثلا تختلف وطاتهـــا على الأفـراد باختلاف ثروة كل منهم ، والعقوبات المقيدة للحرية يتفـــاوت مقدارها حسب جسامة الجريمة وظروف الجانى ، الا أن ذلك لا يتناقى مع كون العقوبة واحدة بالنسبة للجميع ، على ان هناك استثناءات ترد على قاعدة عمومية العقوبة فى القانون ، وهذه الاستثناءات تتمثل فى حصـــانات سياسية ودستورية وقضائية ، بموجبها لا يطبق التشريع العقـابى للدولة على فئات معينة تتمتع بهذه الحصانات على ما سلف بيانه (١) ، وهذه الاستثناءات لا مقابل لها فى أحكام الشريعة الاسلامية ٠

---

(١) ص ٥١ ٠

الفصل السادس

تحمـــل التبعة

تحمل التبعة هو ما يسمى فى القانون بالمسئولية الجنائية ، والعقل والارادة الحرة هما مناط تحمل التبعة ، فلا يثبت التكليف فى الشـــريعة الا على من يتمتع بالعقل الكامل بان كان بالغا عاقلا . فالعـــاقل البالغ المريد المختار هو الذى يسأل عن الجرائم التى يرتكبها ، فقد قال النبى ﷺ « رفع القلم عن ثلاث : عن الصغير حتى يحتلم وعن النـــائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق » .

وعلى ذلك تقوم المسئولية الجنائية فى الشريعة الاسلامية على أسس ثلاث :

١ ـ ارتكاب فعل محرم .
٢ ـ أن يكون الفاعل مدركا .
٣ ـ أن يكون الفاعل مختارا .

فإذا تخلف واحد من هذه الأسس فلا يعاقب من اتى الفعل .

ونتناول فيما يلى بايجاز أسباب عدم قيام المسئولية الجنائية .

أولا ـ صغر السن فى الشريعة الاسلامية

فرقت الشريعة الاسلامية بين مراحل ثلاث :

المرحلة الأولى ـ مرحلة انعدام الادراك :

من ولادة الطفل الى سن التمييز وقد جعـــل الفقهاء الحد الأدنى

للتمييز « سبع سنين » ويسمى فيه الانسان بالصبى غير المميز ، وفى هذه المرحلة يعتبر الادراك منعدما ، ولو ظهرت علامات التمييز على الصبى قبل بلوغها .

ولا يسأل الصبى فى هذه المرحلة عن الجرائم التى يرتكبها ، ولكنه يسأل فى ماله عن تعويض الضرر الذى يسببه للغير ، لأن القاعدة المأثورة فى الشريعة الاسلامية أن الدماء والأموال معصومة .

المرحلة الثانية ـ مرحلة الادراك الضعيف .

تبدأ من سن السابعة وتنتهى بالبلوغ ويسمى الصغير فيهـا بالصبى المميز والبلوغ عند الفقهاء هو البلوغ الطبيعى الذى يتحقق بظهور علامات الرجولة والأنوثة ، واذا لم تظهر أمارات البلوغ فإن البلوغ يكون بالسن وهو عند جمهور الفقهاء خمس عشرة سنة بالنسبة للفتى والفتاة ، وحدده أبو حنيفة بثمانية عشر عاما للفتى وسبعة عشر عاما للفتاة .

ولا توقع على الصبى فى هذه السن عقوبات جنائية وانما يجـــوز تعزيره بما يناسبه ، كالتعزير بالتوبيخ أو الضرب .

المرحلة الثالثة ـ مرحلة الادراك التام .

مرحلة البلوغ ـ فإذا بلغ الشخص فانه يسأل عما يرتكبه من جرائم .

ثانيا ـ صغر السن فى القانون الوضعى .

نص قانون العقوبات المصرى على الأحكام الخاصة بالمجـــــرمين الأحداث فى الباب العاشر من الكتاب الأول فى المواد ٦٤ الى ٧٣ منه ، وقد الغى الشارع المصرى هذه المواد بالقانون رقم ٣١ لســــنة ١٩٧٤ . واستعاض عنها بأحكام نص عليها القانون المذكور ، ونوجز الأحكام التى تناولت المسئولية الجنائية للأحداث فى هذا القانون فيما يلى :

١ - اعتبر القانون ان الحدث هو من لم تجاوز سنه ثمانى عشرة سنة ميلادية كاملة وقت ارتكاب الجريمة على ان تكون الحداثة على مرحلتين ٠

المرحلة الأولى : وهى المرحلة السابقة على سن الخامسة عشرة ، ولا تفرض على الحدث فى هذه المرحلة الا التدابير الاصلاحية المنصوص عليها فى القانون المذكور (المادة ٧ من القانون) ٠

المرحلة الثانية : وهى من سن الخامسة عشرة حتى الثامنة عشرة ويختار القاضى فى هذه المرحلة بين التدابير الاصلاحية والعقوبات المخففة (المادة ١٥ من القانون) ٠

٢ - اعتبر القانون أن الصغير الذى لا تجاوز سنة السابعة وتتوافر الخطورة الاجتماعية بتعرضه للانحراف أو صدور أفعال منه تعد جريمة طبقا لقانون العقوبات فى حاجة الى رعاية اجتماعية وخاصة اذا لم يكن له ماوى أو عائل ٠ لذلك فقد شمله القانون بالرعاية مع تقرير تدابير اصلاحية تتخذ حياله (المادة ٣ من القانون) ٠

٣ - فرق القانون بين من لم تجاوز سنة الخامسة عشرة ومن تجاوزها فلم يجز توقيع عقوبة أو تدبير مما نص عليه فى قانون العقوبات على من لم تجاوز سنة خمس عشرة سنة على أن تتخذ فى شانه أحد التدابير الاصلاحية الواردة فى المادة ٧ من القانون وهى التوبيخ ٠ والتسليم - والالحاق بالتدريب المهنى - الالزام بواجبات معينة - الاختبار القضائى - الايداع فى احدى مؤسسات الرعاية الاجتماعية - الايداع فى احدى المستشفيات المتخصصة - كما لم يجز القانون حبس الحدث الذى لم يجاوز سنة الخامسة عشرة سنة حبسا احتياطيا (المادة ٢٦ من القانون) كما

استبعد سريان أحكام العود فى قانون العقوبات عليه (المـــادة ١٧ من القانون) ٠

وأما الحدث الذى تجاوز سنة الخامسـه عشرة ولم تجاوز الثامنة عشرة فلم يجز القانون الحكم عليه بعقوبة الاعدام أو عقوبة الاشـــغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة (المادة ٢٥ من القانون) ٠

أوجه الاتفاق والاختـــلاف بين احكام الشريعة والقانون الوضعى بالنسبة للمسئولية الجنائية للصغير :

١ - تتفق أحكام القانون الوضعى فى مصر مع أحكام الشـــريعة الاسلامية فى ان الجزاء الذى يوقع على الصغير الذى لا تجاوز سنة خمس عشرة سنة ، وهى سن البلوغ عند جمهور فقهاء الشريعة ، يكون تهذيبـا واصـــلاحا ٠

٢ - أخضع القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٤ المشار اليه الصـــغير الذى تقل سنة عن سبع سنوات ويرتكب جريمة لتدابير اصلاحية تتخذ حياله ، فى حين أنه وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية يعتبر ادراكه منعـــدما ولو ظهرت عليه علامات التمييز قبل بلوغها ٠

٣ - اعتبر القانون آنف الذكر الحدث من سن الخامسة عشرة الى من الثامنة عشرة مسئولا مسئولية كاملة عن فعله ، ولكنه اســـتبعد من العقوبات التى توقع عليه عقوبة الاعدام (القصاص) والأشغال الشـــاقة المؤبدة أو المؤقتة وفى هذا يختلف الحكم الذى نص عليـــه القانون عن حكم الشريعة فى هذا الخصوص التى تجعل الشخص مسئولا عن جرائمه الجنائية مسئولية كاملة متى جاوز مرحلة البلوغ ٠

ثالثا - حكم الجنون والعته فى الشريعة الاسلامية :

الجنون كما عرفه الفقهاء فقدان العقل أو اختلاله ٠

والمعتوه هو الشخص قليل الفهم ٠ مختلط الكلام فاسد التدبير ٠

وبعض العلماء يعتبر العته حالة من أحوال الجنون ٠

والمعتوه قد يكون مميزا أو غير مميزا ٠ أما المجنون فانه لا يكون مميزا ، ولا يكون فى حكم المميز مادام فى حال جنونه ٠

والجنون والعته كلاهما يذهب بسلامة الادراك ، والجنون قد يكون مطبقا أو غير مطبق ٠ فالجنون اذا استمر شهرا فانه يكون جنونا مطبقا واذا أستمر اقل من شهر فانه لا يكون مطبقا ، والفرق بينهما أن الجنون المطبق يفقد التقدير وانه حال افاقة المجنون فلا تكون افاقته كامله يتحمل معها المسئولية ، أما اذا كان الجنون غير مطبق فان المجنون فى حال افاقته يسأل عن أفعاله مسئولية كاملة أما فى حال جنونه فلا يسأل عن أفعاله ٠

ولا تقام الحدود على المجنون أو المعتوه لأن شرط اقامة الحدود توافر العقل ٠

واذا ارتكب المجنون جنايات توجب القصاص أو الديات فانه لا يقتص منه وانما تاخذ جرائمه العمدية حكم الجرائم التى ترتكب خطأ فتجب الدية حتى لا تهدر حقوق العباد ٠

حكم الجنون العارض فى الشريعة الاسلامية :

اذا ارتكب الجانى الجريمة حال جنونه ثم شفى بعد مقارفته الجرم ،

فانه يوقع عليه العقاب المالى بالنسبة لجرائم الدماء ، ولا يوقع عليه عقاب بالنسبة للحدود الا فى ضمان المال المسروق فى السرقة وذلك لأن عناصر المسئولية الجنائية لم تتوفر فيه وقت ارتكاب الجريمة ٠

أما اذا ارتكب الجانى الجريمة وهو عاقل ثم جن بعد ذلك فقد اختلف الفقهاء فى الحكم فى هذه الحالة ٠

فعند الشافعية والحنابلة : الجنون الطارىء لا يمنع العقاب سواء أكان الجنون العارض قبل الحكم أم كان بعد الحكم ما دامت الأدلة على ارتكاب الجرم ثابتة قبل الجانى ، وأساس ذلك أن العبرة بتوافر أركان الجريمة وقت ارتكابها لا قبل ذلك ولا بعده ، وان العقوبة شرعت لردع الجانى وزجر غيره ، فاذا تعطل جانب الردع بعدم شعور الجانى به لجنونه الطارىء ، فانه يبقى جانب الغير الذى يتحقق بتنفيذ العقوبة ٠

وعند الحنفية : يمنع الجنون العارض من اقامة الحدود لأنه يشترط لانزال العقاب ان يكون الجانى مكلفا وقت ارتكاب الجريمة وان يستمر هذا التكليف الى وقت تنفيذ العقاب وان خروج الجانى من التكليف يؤدى الى عدم أهليته للعقاب ، واذا كانت الجريمة توجب قصاصا فانه يستبدل بالقصاص الدية استحسانا ٠

وعند مالك : اذا طرأ الجنون بعد ارتكاب الفعل وقبل الحكم توقف المحاكمة حتى يزول الجنون ، كما يوقف التنفيذ لحين افاقته ، فاذا كانت الافاقة ميئوسا منها فان عقوبة الحد تسقط ، واذا كانت العقوبة قصاصا تحولت الى دية ٠

واذا طرأ الجنون بعد الحكم ففى المذهب رأيان :

الأول : يستبدل بالقصاص الدية قياسا على حال الجنون الميئوس من شفائه قبل الحكم .

الثانى : أن يسلم الى أولياء الدم لينفذوا الحكم تحت اشراف القضاء

بالنسبة للعقوبات التعزيرية :

شرط تطبيق هذه العقوبات توافر العقل لذلك ، فلا تعزير يقع على المجنون ، والتعزير القصد منه التأديب والتهذيب والزجر ،وهذا لا يتحقق مع المجنون فيكون تعزيره ايذاء لا جدوى منه (١) .

رابعا ـ الجنون والعته فى القانون الوضعى :

تنص المادة ٦٢ من قانون العقوبات المصرى على أنه لا عقاب على من يكون فاقد الشعور أو الاختيار فى عمله وقت ارتكاب الفعل اما لجنون أو عاهه فى العقل ، واما لغيبوبة ناشئة عن عقاقير مخدرة أيا كان نوعها اذا أخذها قهرا أو على غير علم منه بها .

والمقصود بالعاهة العقلية فى هذا النص كل نقص فى القوى العقلية لا يصل الى حد فقدها بصفة مطلقة ، وان كان من شأنها ان تفقد الجـانى شعوره واختياره وقت ارتكاب الجريمة ، ومن قبيل ذلك العتـه والصرع

---

(١) الجريمة ـ للشيخ محمد ابو زهرة ـ ص ٤٧٥ .
الفقه الجنائى المقارن ـ المستشار احمد موافى ـ ص ١٨٢ الى ١٨٦ .

وغير ذلك من العاهات ، وتقدير ما اذا كان الجانى مجنونا أو مصـابا بعاهة عقلية تفقده الشعور والاختيار وقت ارتكاب الجريمة تفصل فيه المحكمة بعد الرجوع الى اهل الخبرة من الأطباء المتخصصين ، فاذا ثبت ان المتهم كان مجنونا او مصابا بعاهة عقليه تفقده الشعور والاختيار فانه لا يكون مسـئولا مسـئولية جنائية عن جريمته ويـكون على المحكمة ان تقضى ببراءته لامتناع العقاب .

الجنون الذى يطرأ بعد ارتكاب الجريمة :

اذا طرأ الجنون على المتهم بعد ارتكاب الجريمة فلا تمتنع مسئوليته عنها وانما توقف اجراءات التحقيق والمحاكمة بحسب الأحوال حتى يعود الى رشده ، واذا كانت الواقعة جناية أو جنحة عقوبتها الحبس فيجوز لقاضى التحقيق أو للقاضى الجزئى كطلب النيابة العامة أو مستشار الاحالة اصدار الأمر بحجز المتهم فى أحد المحال المعدة للأمراض العقلية الى ان يتقرر اخلاء سبيله ، وقد نصت المادة ٣٣٩ من قانون الاجراءات الجنائية المصرى على هذه الأحكام .

الجنون الذى يطرأ بعد الحكم النهائى :

اذا حل الجنون على المتهم بعد الحكم النهائى ، فاذا كانت العقوبة مقيدة للحرية وهى الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة أو السجن أو الحبس تأجل تنفيذ العقوبة حتى يبرأ ويجوز للنيابة العامة ان تامر بوضـعه فى أحد المحال المعدة للأمراض العقلية ، وذلك طبقا لما تقضى به المادة ٤٨٧ من قانون الاجراءات الجنائية .

وأما اذا كانت العقوبة الاعدام فان هذه العقوبة تنفذ رغم الجنـون

الطارىء بعد صيرورة الحكم واجب النفاذ ، وذلك حتى لا يتخذ الدفع بالجنون ذريعة لتعطيل تنفيذه ·

* * *

ويبين من المقارنة بين أحكام الشريعة الاسلامية وأحكام القانون الوضعى فى الجنون ما يلى :

١ - أن احكام القانون الوضعى تتلاقى مع أحكام الشريعة الاسلامية فى تقرير عدم مسئولية المجنون جنائيا عن الجرائم التى يرتكبها حال جنونه ·

٢ - كما تتلاقى أحكام القانون الوضعى فى جملتها مع مذهب الامام مالك والمذهب الحنفى بالنسبة لمسئولية الجانى اذا طرأ الجنون بعد ارتكاب الفعل اذ طبقا لأحكام القانون الوضعى ومذهب الامام مالك تتوقف المحاكمة كما يوقف التنفيذ لحين افاقته · وعند الحنفية يمنع الجنون العارض من اقامة الحدود ·

٣ - لا تتفق أحكام القانون الوضعى بالنسبة للجنون الذى يطرأ على المتهم بعد ارتكاب جرمه · مع رأى الشافعية والحنابلة ·

خامسا - السكر فى الشريعة الاسلامية :

عند أبى حنيفة السكر هو غيبة العقل من تناول الخمر أو المواد التى تحدث ذلك ويعتبر الشخص سكرانا اذا فقد وعيه ولم يعد يعقل شيئا ·

وعند أبى يوسف ومحمد : السكران هو الذى يغلب على كلامه الهذيان ٠

ومن المتفق عليه بين الفقهاء ان السكر اذا كان بمباح كالبنج لجراحة أو كان الشخص قد أخذ المسكر مكرها لضرورة شديدة لعطش أو جوع حيث لا يوجد ماء أو غذاء فى سواه فلا مؤاخذة فيه بالنسبة لحقوق الله تعالى ، وبالنسبة لحقوق العباد فلا يقتص فيه ، ولكن تترتب عليه الحقوق المالية لهم ٠

وقد اختلف الفقهاء بالنسبة لمن يتناول المسكر مختارا دون عذر :

فيرى الحنفية وفريق من المذاهب الأخرى أن السكران فى هذه الحالة مسئول عن افعاله مسئولية كاملة ، وذلك لأن المعصية لا تبرر المعصية ، فالسكر لا يبرر ما يترتب عليه من آثار ، وانه بتناوله المسكر مختارا وهو يعلم انه يفقد الوعى وما يترتب عليه من ارتكاب جرائم يقتضى ان يتحمل نتائج افعاله ٠

ويرى الحنابلة وفريق من المذاهب الأخرى ، انه لا تقام على السكران العقوبات التى تسقط بالشبهة كالحدود والقصاص اذ ان فقد الوعى بالسكر وقت مقارفة الفعل يخل بمعنى العمد أو يورث بالاقل شبهة فى القصد ، وعلى هذا لا تثبت عقوبة القصاص وكذلك لا يقام الحد على السكران فاقد الوعى لتوافر شبهة تدرأ الحد ٠

وقد ثبتت مع هذا عقوبة تعزيرية لمنع الفساد والزجر (١) ٠

---

(١) الجريمة للشيخ محمد أبو زهرة ص ٢٢٥ ٠

سادسا ـ السكر فى القانون الوضعى :

تناولت المادة ٦٣ من قانون العقوبات المصرى السالف بيانها المسئولية الجنائية فى حالة السكر أو تعاطى المواد المخدرة ، وتسقطهذه المادة المسئولية الجنائية فى حالة السكر اذا تناول المتهم المسكر قهرا عنه او على غير علم منه ، والرأى السائد أن السكر الاختيارى يخضع السكران لنفس المسئولية الجنائية التى يخضع لها غير السكران ٠ وقد جرى قضاء محكمة النقض على أن القانون يجرى على السكران باختياره حكم المدرك التام الادراك مما ينبنى عليه توافر القصد الجنائى لديه ، على أن المحكمة المذكورة رأت بالنسبة للجرائم التى يتطلب فيها القانون ثبوت قصد جنائى خاص لدى المتهم ، مثل قصد ازهاق روح المجنى عليه فى جريمة القتل العمد ، أنه لا يتصور اكتفاء الشارع فى ثبوت هذا القصد باعتبارات وافتراضات قانونية بل يجب التحقق من قيامه من الأدلة المستمدة من حقيقة الواقع ، ومثل هذا الشخص لا تصح معاقبته على جريمة القتل العمد ، الا اذا كان قد انتوى القتل ثم اخذ المسكر ليكون السكر مشجعا له على تنفيذ نيته (١) ٠

* * *

وبيين من مقارنة أحكام الشريعة الاسلامية وأحكام القانون الوضعى فى السكر ما يأتى :

---

(١) يراجع نقض فى ١٩٤٦/٤/١٣ ـ مجموعة القواعد القانونية ـ جـ٧ رقم ٥٢ ونقض ١٩٥٩/٩/٢٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ رقم ١٦١ ٠ شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسنى ، طبعة سنة ١٩٦٢ ص ٦٥٣ ـ ٦٥٩

١ - أن احكام القانون الوضعى تتفق مع رأى الحنفية من أن الأصل أن من يتناول المسكر مختارا يكون مسئولا مسئولية كاملة عن اعمــــاله ويكون حكمه حكم المدرك التام الادراك .

٢ - أن ما قال به الحنابلة من عدم اقامة الحدود والقصاص على من يتناول المسكر مختارا له صدى فى قضاء محكمة النقض ، وانه وان كان هذا القضاء لم يقرر عدم مسئولية من تعاطى المسكر باختياره عند ارتكابه جريمة القتل العمد كما ذهب الحنابلة ، الا أن هذا القضــاء أوجب التحقق من قيام القصد الجنائى الخاص من الأدلة المستمدة من حقيقة الواقع فى الدعوى ، وبناء على ذلك اقرت حكما طعن فيـــه أمامها وقد استبعد نية القتل لدى المتهم فيما وقع منه من اطلاقه عيارا ناريا على المجنى عليه أدى الى وفاته ، واعتبر الحادث ضربا أفضى الى موت بعد أن استبعد نية القتل العمد عن المتهم السكران .

سابعا - الاكراه فى الشريعة الاسلامية :

تعريفه :

عرف بعض الفقهاء الاكراه بانه حمل الغير على أمر يمتنع عنه بتخويف يقدر الحامل على ايقاعه فيصير الغير خائفا به .

ويشترط لتمام الاكراه توافر الشروط الاتية :

شروط الاكراه :

١ - أن يكون التهديد ملجئا اى يخشى منه الضرر الجسيم ، كالقتل والضرب الشديد والحبس .

٢ - أن يكون التهديد بأمر وشيك الوقوع ٠

٣ - أن يكون المكره قادرا على تنفيذ ما هدد به ٠

٤ - أن يقع فى نفس المكره أن المهدد سينفذ ما هدد به ٠

فاذا اعتقد أن المكره غير جاد فى تهديده أو أن فى مكنته تفـادى التهديد فانه لا يعتبر مكرها ٠

حـكم الاكراه :

ذهب الفقهاء الى أن من الاكراه مالا يبيح الجريمة ٠ ومنه نـوع لا يمحو الجريمة ولكنه يعتبر مانعا من العقاب ومنه نوع يحول الفعل من كونه منهيا عنه الى فعل جائز ، وفيما يلى بيان ذلك :

١ - الجرائم التى لا يبيح الاكراه ارتكابها :

اتفق الفقهاء على أن الاكراه لا يرفع العقوبة على المكره اذا قتل أو ضرب ضربا مهلكا ، ويسـتندون فى ذلك الى قـول الله تعـالى : (ولا تقتلوا النفس التى حرم الله الا بالحق) ٠

ويرى بعض الفقهاء اعتبار الاكراه عذرا مخففا للعقوبة ، فـلا يقتص من القاتل اذا كان مكرها وانما يعزر بالعقوبة المناسبة ٠

ومنهم من يرى الاكتفاء بالدية فى هذه الحـالة اسـتنادا الى أن الاكراه يورث شبهة تدرأ القصاص ٠

٢ ـ الجرائم التى يبيح الاكراه ارتكابها :

أما ما عدا القتل والاعتداء المهلك فان الشريعة الاسلامية تجيـز الأفعال المحرمة فى حالة الاكراه لقول الله تعالى (فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه) .

ولقول النبى صلى الله عليه وسلم : « رفع عن أمتى الخطـأ والنسيان وما استكرهوا عليه » .

فالسرقة والزنا والشرب التى ترتكب نتيجة اكراه لا يقام عنها الحد اذ يمتنع العقاب فى هذه الحالة ، فالاكراه لا يسقط اصل الجريمة فى هذه الحالة وانما يمتنع عقاب المكره أن قارف الفعل الذى اكره عليه .

٣ ـ اكراه يحول الفعل من كونه منهيا عنه الى مباح :

وذلك اذا كان موضوع الاكراه أمورا تباح عند الضرورة بنص من الشارع . من ذلك شرب الخمر وأكل الميتة والدم ولحم الخنزير ، فان تناول هذه الأشياء يباح عند الضرورة فاذا كانت هذه الأمور موضوعـا لاكراه ملجىء ، فانه فى هذه الحال يباح للمكره أن يتناولها وعلى ذلك فمن شرب الخمر باكراه تام فقد شرب غير آثم وبذلك لا يكون الأمر مجرد اسقاط للعقوبة بل يكون الأمر فيه أن الفعل أصبح حلالا لا اثم فيه ، فأصل النهى قد زال فسقطت الجريمة (١) .

---

(١) الجريمة للشيخ محمد ابو زهرة ـ ص ٥٣٧ و ٥٣٨ .

ثامنا ـ الضرورة فى الشريعة الاسلامية :

يقوم الاكراه على وجود شخص يمارس الاكراه يجبر المكره على اتيان الفعل ، أما فى الضرورة فيوجد الشخص فى ظروف يقتضـــيه الخروج منها ارتكاب الفعل المحرم لينجو بنفسه من التهلكة ، كتنـــاول الخمر وأكل نحم الخنزير عند عدم وجود الماء والطعام لدفع ضـــــرر الجوع والعطش ٠

شروط حالة الضرورة :

يشترط الفقهاء لتوافر حالة الضرورة الشروط الاتية :

١ ـ أن تكون ملجئة بحيث يكون الفاعل أو غيره فى حالة يخشى فيها تلف النفس أو الاعضاء ٠

٢ ـ أن تكون الضرورة قائمة فعلا ٠

٣ ـ الا يكون لدفعها وسيلة سوى الفعل المحرم ٠

٤ ـ أن يدفعها الشخص بالقدر اللازم لدفعها ٠

حـكم الضرورة :

فرق الفقهاء بين القتل والاعتداء المهلك وغيره من الجرائم ٠

فبالنسبة للقتل والاعتداء المهلك فان الضـــرورة لا تبيح القتل ٠ فلا يجوز للمضطر أن يرتكب جريمة قتل لينجو بنفسه من الهلاك ، أما

النسبة لما عدا القتل والاعتداء المهلك فان الفعل المحرم يباح للضرورة(١)

تاسعا ـ الاكراه والضرورة فى القانون الوضعى :

تناول المشارع المصرى حالة الضرورة ، وهى صـــورة من صـــور لاكراه المعنوى فى المادة ٦١ من قانون العقوبات ، وتنص على إنه : ؛ عقاب على من يرتكب جريمة الجأته الى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه و غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ، ولم يكن لارادته دخل فى حلوله ولا فى قدرته منعه بطريقة أخرى .

وذهب الفقهاء أن الضرورة صورة من صور الاكراه المعنوى ، الا انها تتميز عنه من ناحيتين :

الأولى : ان الاكراه المعنوى يقع من انسان على انسان ، أما حالة الضرورة فهى تنجم عن فعل الطبيعة .

الثانية : أن الاكراه المعنوى يسلب الانسان حريته فى الاختيـــار سلبا تاما أو جزئيا ، بحسب جسامته ، أما فى حالة الضرورة فلا تسلب الشخص حريته فى الاختيار بل تضعه أمام الموازنة بين أمرين فيختار قلهما ضررا ولا يكون ذلك محل مساءلة جنائية .

وتطبيق المادة ٦١ من قانون العقوبات السالف بيـــانها يقتضى توافر الشروط الاتية :

١ ـ ان يكون الشخص مهددا بخطر جســيم على وشك الوقوع به

أو بغيره فلا يكفى الخطر الذى يتهدد المال وحده للتذرع بتطبيق أحكام هذه المادة ٠

٢ ـ الا يكون الخطر قد صدر عن فعل عمدى صادر منه فمن يشعل النار فى مكان بارادته مثلا ليس له أن يتمسك بحالة الضرورة ، اذا صدم طفلا فى الزحام فقتله عند محاولة النجاة بنفسه من الحريق ٠

٣ ـ الا يكون فى قدرة الجانى منع الخطر الجسيم بطريقة أخرى ، ويرجع فى تقدير ذلك الى ظروف الجانى الخاصة ومراعاة الحالة التى اكتنفت وقوع الفعل ٠

وقد رتب القانون على توافر أركان الاكراه وحالة الضرورة ، وهى صورة من صور الاكراه ، امتناع مسئولية الجانى من الناحية الجنائية ٠

ويبين من المقارنة بين أحكام الاكراه وحالة الضرورة فى الشـريعة الاسلامية وأحكامها فى القانون الوضعى ما يأتى :

١ ـ ان الشروط التى نص الشارع الوضعى على وجوب توافرهـا لقيام الاكراه وحالة الضرورة تتفق فى جملتها مع الشروط التى تتطلبها الشريعة الاسلامية لقيامهما ٠

٢ ـ تسقط الشريعة الاسلامية المسئولية ا لجنائية عن المكره فى جميع الجرائم عدا جريمة القتل وجريمة الضرب المهلك بينما تقضى احـــكام القانون الوضعى بامتناع مسئولية الجانى المكره فى أية جريمة مهما كان نوعها أو كانت جسامتها متى توافرت شروط الاكراه أو حالة الضرورة ٠

عاشرا : أثر الجهل على المسئولية الجنائية فى الشريعة الاسلامية :

القاعدة فى الشريعة الاسلامية عدم المؤاخذة على الفعل المحرم الا اذا كان الشخص عالما بتحريمه ، على انه يكفى لتوافر العلم امكانه ، ويتحقق ذلك متى كان من الميسور للشخص أن يعلم به ، وبناء على ذلك ذهب الفقهاء الى أن الأحكام الشرعية المقررة فى الكتاب والسنة والتى لا نزاع بين العلماء فى أمر من أمورها لا يعد الجهل بها عذرا يسـوغ اسقاطها • فلا يجوز لمن يقيم فى دار الاسلام أن يدعى الجهل بجـرائم الحدود والقصاص الثابتة بالكتاب والسنة والتى لا خلاف فى شأنها فى اصل التحريم •

وقد ضبط الفقهاء أحكام الجهل وقسموها الى اربعة أقسام :

الأول : جهل لا يعذر فيه صاحبه : وهو الجهل بالمحرمات المنصوص عليها بنص قطعى لا يحتمل التأويل كالجهل بأن السرقة والحرابة والزنا والقذف حرام •

وجهل غير المسلم بالأحكام الشرعية المقررة فى الكتاب والسـنة ، كالحدود لا عذر فيها لأن الذمى المقيم فى دار الاسلام اقامة دائمة يفترض فيه العلم بما حرمه الاسلام ، لأن اقامة الذميين مع المسلمين كان على أساس أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين •

أما جهل غير المسلم بالمحرمات التى تتصل بالنواحى الشخصية فى الاسلام من حيث الزواج والأطعمة فيرى أبو حنيفة أنه من حيث أصـل الوجوب غير معذور ، ولكن لا توقع عليه عقوبة وذلك تطبيقا لمبـدأ الحرية الدينية للقاطنين فى دار الاسلام ، فلو تزوج غير المسلم محرما فان القاضى لا يتعرض لصحة الزواج •

وقد خالف جمهور الفقهاء هذا الرأى ٠

الثانى : جهل يعذر فيه صاحبه لانه موضع اشتباه من حيث الدليل

ويكون ذلك فى المسائل محتملة التاويل ، كتاويل بعض النـــاس صفات الله تعالى بما لا يتفق مع ما قرره السلف ، فان ذلك جهل له تاويل ولا يعاقب صاحبه على تاويله ولا على رايه ما دام لا ينكر شيئا علم من الدين بالضرورة ٠

ويعذر الجاهل للشبهة فى حال البغى ، فالباغى هو الذى يخرج على الامام معتقدا ان خروجه على حق ، فعند الحنفية يعزر الباغى فيما يتلفه من اموال وانفس اثناء مقاتلة الامام لانه يقوم بذلك متاولا وان كان الحق ليس فى جانبه ٠

ويخالف جمهور الفقهاء هذا الرأى ، ويرون ان الجهل من الباغى لا يقوم عذرا ويتعين اخذ البغاة عند قهرهم بما اتلفوا من انفس واموال

الثالث : الجهل فى مواضع الاجتهاد ، وهو الجهل الذى لا تتوافر فيه اسباب العلم توافرا تاما ، أو يكون الجهل معه شبهة اسقطت العقاب

ومثال ذلك : أن يكون فى الموضوع دليلان ، احدهما قوى يوجب المنع والآخر ضعيف يجيز الفعل فان الأخذ بالدليل الضعيف يعتبر عذرا

فاذا أسلم حربى ودخل دار الاسلام وشرب الخمر فاذا دفع بجهله التحريم لا يقام عليه الحد لأنه قريب عهد بالاسلام .

أو ان يكون جاهلا بأصل السبب الموجب للمنع ، ومثال ذلك ان يشرب عصير عنب جاهلا أنه تخمر واصبح مسكرا . ففى هذه الصور يعذر الجاهل ٠

أو يكون جاهلا بالحكم الذى لا تختلف فيه الأدلة ولكن الجهـــل يكون عذرا فى ذاته ، ومثله ان يسلم شخص ويجهل ان الرضاعة محرمة فان ذلك يكون عذرا مسقطا للعقاب .

الرابع : الجهل بأحكام الاسلام فى غير دار الاسلام :

يرى جمهور الفقهاء أن دار الحرب ليست موضـع علم بأحـكام الاسلام فلم تشتهر هذه الأحكام وبذلك يقوم الجهل بالدليل وهو يسـقط التـكليف .

وهذه الأحكام تتعلق بالجهـــل الذى يكون موضـوعه امرا مقررا بالكتاب والسنة وان لم يكن صريحا ، فاذا كان الجهل ليس موضوعه أمرا من هذه الأمور بل كان أمرا موضع اجتهاد واختلف فيه الفقهاء واختار ولى الأمر الأخذ بآراء بعض الائمة وأعلن ولى الامر الاخذ بها فان ذلك يكون موضع عذر حتى يشـــيع الاعلان بحيث لا يسوغ لأحـــد الدفع بالجهل به .

حادى عشر : الجهل فى القانون الوضعى :

القاعدة المقررة فى القوانين الوضعية انه لا يعذر الشخص بجهله بالقانون وان العلم بالتشريع العقابى مفترض فلا يقبل الادعاء بالجهل به أو بالغلط فيه كوسيلة لنفى القصد الجنائى ، وهذه القاعدة تعتبــر قرينة اثبات على العلم بالقانون اقتضته ضروره تطبيقه على الكافة .

ولا يتضمن قانون العقوبات المصرى النص على هذه القاعدة وهى مستفادة من المادة ١٨٨ من الدستور . وتنص على أن : « تنشر القوانين

فى الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم اصدارها ويعمل بهـا بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ نشرها الا اذا حددت لذلك ميعادا اخر » مما مقتضاه أنه بمضى الميعاد المنصوص عليه فى هذه المادة لا يقبـل التذرع بالجهل بالقانون ولا التذرع بعدم فهمه على الوجه الصحيح ، والتفسير الصحيح الذى يفترض العلم به هو التفسير الذى تقرره المحكمة المعروضة عليها الدعوى ٠

على أنه من القواعد المقررة فى هـذا الخصـوص أنه اذا ثبت أن ظروفا قاهرة أحاطت بالجانى تجعل علمه بالقانون مستحيلا كوجوده وقت صدور القانون فى جزء معزول من الوطن بسبب احتلال أو انتشار وباء أو ما أشبه فانه يعذر فى مثل هذه الأحوال بالجهل بالقانون ٠

* * *

اذا أجرينا المقارنة بين أحكام الشريعة الاسلامية فى الجهل مـع أحكام القانون الوضعى فى هذا الشأن فاننا نخلص الى النتائج الاتية :

١ ـ طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية لا يعذر فى الجهل بالمحرمات المنهى عنها بنص قطعى ، ويتفق القانون الوضعى فى الأدنى مع هـذه القاعدة حيث يمد مجال سريان هذه القاعدة فتشمل جميع النصـوص العقابية ٠ بلا يقوم بها عذرا يمنع العقاب ٠

٢ ـ طبقا لأحكام الشريعة يعذر المقيم فى دار الحرب باحـكام الاسلام لقصور الدليل على العلم بهذه الاحكام ٠ ويتلاقى هذا مع ما هو مقرر فى فقه القانون الجنائى من جواز الاحتجاج بالجهل بالقانون اذا تبين أن ظروفا قهرية أحاطت بالجانى تجعل علمه بالقانون مستحيلا ـ

٣ - تختلف أحكام القانون عن أحكام الشريعة الاسـلامية بالنسبة للتذرع بالجهل بالتفسير الصحيح للقانون ، فبينما تقضى احكام القانون بعدم الاحتجاج بالجهل بالتفسير الصحيح للقانون فان احكام الشريعة تعتبر الجهل بذلك عذرا يحتج به فى بعض الحـالات على التفصـيل السـابق بيانه .

ثانى عشر : الخطأ فى الشريعة الاسلامية :

الخطأ عذر من الأعذار ، والأصل فى ذلك قول النبى صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » .

والخطأ معناه فى فقه الشريعة وقوع الشىء على غير ارادة فاعله ، فالفاعل لا يأتى الفعل عن قصد ولا يريده وانما يقع الفعل منه على غير ارادته خلافا لقصده .

وقد أجازت الشريعة الاسلامية العقاب على الخطأ فى جريمة القتل الخطأ لقوله تعالى : (ومن قتل مؤمنـــا خطأ فتحرير رقبة مؤمنةودية مسلمة الى أهله) .

والأصل فى الشريعة الاسلامية أنها تعاقب على الجرائم العمـدية وتعاقب على الجرائم غير العمدية استثناء ، لذلك فان الجرائم العمدية اذا ارتكبت عن غير عمد فلا عقاب على الفعل الا اذا كان الشارع قـــد فرض عقوبة على من ارتكب الجريمة بطريق الخطأ . وعلى ذلك فمن سرق مال غيره خطأ أو سهوا فلا عقاب عليه على خلاف اذا ما قتـــل خطأ ، فانه يعاقب على جريمة القتل الخطأ التى قررها الشارع الاسلامى.

وقد اختلف الفقهاء بالنسبة لتجريم الخطأ ٠

فذهب رأى (المعتزلة) الى انه لا يجوز العقاب عن الخطأ الا ما نص عليه لان الأصل فى العقاب توافر القصد ، فاذا انتفى القصد فلا عقاب ، وطبقا لهذا الراى لاعقاب على الجرائم غير العمدية ويستثنى فى ذلك جريمة القتل الخطأ للنص عليها فى القرآن الكريم ٠

وذهب رأى آخر (رأى الجمهور) أن الخطأ يقوم على الاهمال وعدم الاحتياط وعدم التحرز الواجب على الانسان تلافيها ، ومن ثم يجوز لولى الأمر أن يفرض عقوبات تعزيرية على الجرائم غير العمدية٠

وقد فرق الفقهاء بالنسبة للتجريم بين فرضين :

الأول : أن يكون الفعل المقصود غير محرم أصلا ، كمن يقصد الصيد وهو مباح ويطلق مقذوفا ناريا قاصدا صيد حيوان فيصيب انسانا فيقتله او يجرحه فان الجانى لا يسال عن القتل العمد أو الجرح العمد وانمايسال عن القتل الخطأ أو الجرح الخطأ اذا توافرت أركانهما .

الثانى : اذا كان الفعل محرما فى الأصل ، كمن أراد قتل (أ) من الناس فاخطأ وأصاب (ب) فقتله ٠ فقد اختلف الفقهاء فى تكييف الفعل

عند مالك وابن حنبل : الخطأ فى الفعل أو الظن لا يؤثر على مسئولية الجانى عن العمد لأنه قصد الى فعل محرم ، ففى المثال السابق يسال الجانى عن قتل (ب) عن عمد .

وعند أبى حنيفة والشافعى : أن الجانى يعتبر مخطئا لا متعمدا ويكون مسئولا عن قتل (ب) خطأ لأنه لم يقصد قتله عن عمد (١) .

ثالث عشر : الخطأ فى القانون الوضعى :

لم يعرف قانون العقوبات المصرى الخطأ غير العمدى ، وقد عرفه بعض الفقهاء بانه التصرف الذى لا يتفق مع الحيطة التى تتطلبها الحياة الاجتماعية ، والخطأ فى الجريمة غير العمدية هو ركنها المعنوى والركن المادى فيما يتطلب فعلا ايجابيا أو امتناع وبنتيجة اجرامية وعلاقة سببية تربط بينهما ، ولا تقوم الجريمة غير العمدية دون نتيجة اجرامية ، فالخطأ لا يكفى القيام بالمسئولية الجنائية اذا تجرد عن النتيجة ٠ ومنهج قانون العقوبات المصرى بالنسبة للخطأ غير العمدى أنه نص على عدد من هذه الجرائم منها القتل الخطأ (المادة ٢٣٨) والجرح الخطأ (المادة ٢٤٤) والحريق باهمال (المادة ٣٦٠) ٠ ولم يتضمن قاعدة تقضى بالعقاب على كل سلوك مشوب بالخطأ أدى الى اعتداء على حق أو مصلحة ٠

وتحقق القصد بوجه عام يقتضى توفر العلم بحقيقة الوقائع المكونة للوضع الاجرامى ، والغلط فى الوقائع ينفى العلم ، وبالتالى ينفى القصد الجنائى ، وقد فرق الفقهاء بالنسبة الوقائع التى يتالف منها الوضع الاجرامى بين أنواع ثلاثة نوردها فيما يلى :

---

(١) التشريع الجنائى الاسلامى للأستاذ عبد القادر عودة جـ١ ص ٤٣٥ ـ ٤٣٨ ٠

١ - الخطأ فى ركن من أركان الجريمة :

الخطأ فى واقعة تعتبر ركنا أساسيا فى تكوين الجريمة كالخطأ فى محل الجريمة يعدم القصد الجنائى - من يخرج للصيد فى غابة فيسمع حركة بين اشجارها فيظن انها صادرة من حيوان للصيد فيطلق مقذوفا ناريا صوب مصدر الحركة دون حيطة فيتبين أنه قتل انسانا ، ففى هذه الحالة تنتفى مسئوليته الجنائية عن القتل العمد وانما قد يؤاخذ عن القتل الخطأ . وقد تنتفى المسئولية الجنائية كلية اذا انتفى العمد كمن يأخذ خطأ شيئا مملوكا لآخر معتقدا أنه يدخل فى ملكيته .

٢ - الجهل بظرف مشدد فى الجريمة :

ومثله ظرف صغر السن فى جريمة هتك العرض (المادتان ٢٦٨ و ٢٦٩ من قانون العقوبات) .

فالخطأ فى هذا العنصر اذا قام على أسباب سائغة من شانه أن يعدم القصد الجنائى لدى الجانى بالنسبة للجريمة فى صورتها المشددة .

٣ - الخطأ فيما لا يعد ركنا فى الجريمة ولا ظرفا مشددا :

ويتحقق ذلك اذا انصرف الخطأ الى صفة زائدة فى محل الجريمة أو شخص المجنى عليه عندما لا يكون أيهما ركنا فى الجريمة فلا يكون لهذا الخطأ أى أثر فى نفى القصد الجنائى ، كأن يسرق الجانى تحفة يعتقد أنها ثمينة ثم يتضح تفاهة قيمتها . أو اذا أخطأ الجانى فى

شخصية المجنى عليه كان يعمد الجانى الى اطلاق النار معتقدا انه يوجه المقذوف الى (أ) من الناس لقتله فيصيب (ب) من الناس ويقتله ،ففى هاتين الصورتين لا ينفى الخطأ القصد الجنائى فى جريمتى السرقة والقتل العمد

• • •

بمقارنة المبادىء العامة التى تضمنها القانون الوضعى فى الخطأ بقواعد الشريعة الاسلامية فى هذا الخصوص نخلص الى ما يلى :

١ ـ تتلاقى أحكام القانون الوضعى مع قواعد الشريعة الاسلامية فى عدم معاقبة الفاعل على الجريمة العمدية اذا ارتكبها الفاعل خطأ الا اذا نص الشارع على عقوبة ارتكابها بطريق الخطأ ٠

٢ ـ أثمت الشريعة بعض الأفعال الخاطئة واعتبرتها جرائم وفرضت لها عقوبات ٠ وقد نهج القانون الوضعى هذا النهج ٠

٣ ـ أن ما تقضى به أحكام القانون من انعدام القصد الجنائى لعدم توافر العمد فى حالة الخطأ فى ركن من أركان الجريمة يقابله فى الشريعة عدم توافر العمد اذا اتجهت ارادة الشخص الى اتيان فعل غير محرم ٠ وقد يسأل الشخص عن جريمة غير عمدية اذا توافرت شروطها ٠

٤ ـ أن ما تقضى به أحكام القانون الوضعى من عدم الاعتداد بالخطأ اذا كان لا ينصب على ركن من أركان الجريمة كالخطأ فى شخص المجنى عليه فى جريمة القتل العمد ومحاسبة الجانى عن الفعل العمد يتفق مع ما ذهب اليه مالك وابن حنبل ، ويختلف عن رأى أبى حنيفة والشافعى من اعتبار الجانى فى هذه الحالة مسئولا عن القتل الخطأ لا عن القتل العمد ٠

اسقاط الجريمة او العقوبة (١)

الدفاع عن النفس أو المال لا يسقط العقوبة فقط بل يسقط وصف

الدفاع عن النفس أو المال فى الشريعةالاسلامية :

الجريمة ايضا . والأصل فى ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم « من مات دون ماله فهو شهيد » وهذه المسألة ليست موضع اجماع . فاكثر الفقهاء يرون أن الدفاع عن النفس واجب . وذهبت اقلية منهم الى أن الدفاع عن المال غير واجب . وانه غير محتم .

الدفاع عن النفس أو المال فى القانون الوضعى :

ويطلق على الدفاع عن النفس أو المال فى القانون الوضعى الدفاع الشرعى ، فقد نص قانون العقوبات المصرى على هذا الحق فى المواد من ٢٤٥ الى ٢٥١ منه وتنص المادة ٢٤٥ انفة الذكر على انه « لاعقوبة مطلقا على من قتل غيره أو اصابه بجراح أو ضربه أثناء استعماله حق الدفاع الشرعى عن نفسه أو ماله أو عن نفس غيره أو ماله ، وقد بينت المواد التالية لها الظروف التى ينشأ عنها هذا الحق والقيود التى ترتبط بها » . وبذلك يكون القانون الوضعى باقراره مبدأ الدفاع الشرعى عن النفس والمال . قد تلاقى فى جملة ما قرره فى هذا الشأن مع أحكام الشريعة الاسلامية .

---

(١) الجريمة للشيخ محمد ابو زهرة ـ ص ١ الى ٥٦٠

القتل لمنع استمرار جريمة فى الشريعة الاسلامية :

وهذا الفعل يعتبر من قبيل الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، ولذلك يسقط وصف الجريمة لا العقوبة فحسب .

ومثال ذلك من رأى رجلا يزنى بامرأة ولم يتمكن من منعهما من الاستمرار فى مقارفة هذه الجريمة الا بالضرب أو القتـل فانه يعفى من العقـــاب .

وعند الشافعى ليس على قاتل الزانى المحصن قصـــــاص ولا دية ولا كفـــارة .

وذهب الفقهاء الى أن من ضبط امرأته تزنى مع رجل فقتل أحدهما أو كلاهما فلا عقوبة عليه ، على أنه يتعين أن يثبت واقعة الزنا بأربعة شـــهود .

القتل لمنع استمرار جريمة فى القانون الوضعى :

اذا توافرت شروط حالة الضرورة المنصوص عليها فى المادة ٦١ من قانون العقوبات المصرى السالف بيانها عند التكلم فى حالة الضرورة فى القانون الوضعى أو شروط استعمال حق الدفاع الشرعى على النحــو المنصوص عليه فى المواد ٢٤٥ الى ٢٥١ من قانون العقوبات فلنه لاعقاب على القتل فى هذه الحالة .

وقد واجه قانون العقوبات المصرى حالة قتل الزوج الزوجة الزانية وشريكها ، فنص فى المادة ٢٣٧ منه على أن « من فاجأ زوجته حـــال تلبسها بالزنا وقتلها فى الحال هى ومن يزنى بهـا يعـاقب بالحبس بدلا من العقوبات المقررة فى المادتين ٢٣٤ و ٢٣٦ » ٠

والمادة ٢٣٤ تنص على عقوبة القتل العمد والمادة ٢٣٦ تنص على عقوبة الضرب المفضى الى الموت ، وبذلك اعتبر القانون الظروف التى يتم فيها القتل فى هذه الحالة عذرا يبيح توقيع عقوبة الجنحة وقد ينزل القاضى تلك العقوبة الى الحد الأدنى للحبس اذا اقتضت ظروف الجريمة ذلك ٠

فاذا لم تتوافر شروط تطبيق المواد آنفة الذكر ، ووجد القاضى ان أحوال الجريمة تقتضى الرأفة فله أن يرأف بالجـانى وينزل بالعقـوبة المقررة للفعل الى الحد الذى تبيحه المادة ١٧ من قانون العقوبات وتنص على أنه : « يجوز فى مواد الجنايات اذا اقتضت أحوال الجريمة المقامة من أجلها الدعوى العمومية رأفة القضاء تبديل العقوبة على الوجه الآتى:

عقوبة الاعدام بعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة ٠

عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة بعقوبة الأشغال الشـــاقة المؤقتة أو السـجن ٠

عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة بعقـوبة الســـجن أو الحبس الذى لا يجوز أن ينقص عن ستة شهور ٠

عقوبة السجن بعقوبة الحبس التى لا يجوز أن ينقص عن ثـــلاثة شـــهور ٠

القتل لدفع العار فى الشريعة الاسلامية :

ومثال ذلك أن يقتل شخص احدى محارمه لثبوت الزنا عليهـــا ببينة ، فان فعله يعتبر عذرا شرعيا وهو دفع العار عن نفسه ، وهـذا العذر لا يسقط الجريمة وانما يسقط العقوبة ويجوز لولى الأمر أن يعزره٠

والفرق بين القتل لمنع استمرار الجريمة والقتل لدفع العـار ، ان الأول قام فاعله بواجب دينى هو النهى عن المنكر ، والثانى يحـــاسب فاعله عن فعل ارتكب ، العقاب عليه فى الأصل من شان السلطات المختصة

القتل لدفع العار فى القانون الوضعى :

قد تعتبر الظروف التى وقع فيها القتل فى هذه الحالة عذرا يجيز تطبيق نص المادة ١٧ من قانون العقوبات السالف بيانها ٠

لا يقتل أحد الأبوين بولدهما :

المبدأ المقرر عند جمهور الفقهاء أن الأب لا يقتل بولده والجد لايقتل بولد ولده ، وان نزلت درجته ، وسواء فى ذلك ولد البنين وولد البنات والأم والجدات وان علون كن مثل الأم ٠ وذلك استنادا الى ما روى عن عمر بن الخطاب وابن عباس أن رسول الله صلى الله عليــه وسـلم قال :

« لا يقتل والد بولده » وذلك لأن الوالد سبب ايجاد الولد فلا ينبغى أن يتسبب فى اعدامه ، وكذلك يسقط القصاص فى الأطراف لأن سقوط العقوبة فى الجريمة الاشد يقتضى سقوطها فى الجريمة الأخف .

وقد اتفق من قال بهذا الرأى على اسقاط عقوبة القصاص ، أصل الجريمة فباقية والتعزير واجب .

وهناك رأى آخر قال به بعض الفقهاء أنه يقتل به لظاهر آى الكتاب ولأنهما حران مسلمان من أهل القصاص فوجب أن يقتل كل واحد منهما بصاحبه كالأجنبيين .

قتل الأب لابنه فى القانون الوضعى :

لا يعفى الأب فى قتل ولده الا اذا توافرت شروط تطبيق المادة ٦١ أو المادة ٢٤٥ وما بعدها من قانون العقوبات شأنه فى ذلك شأن أى شخص أجنبى لا تربطه صلة الأبوة بالمقتول ، وانما قد تطبق عليه أحكام المادة ١٧ من قانون العقوبات المشار اليها اذا رأت المحكمة أن ظروف ارتكاب الفعل يقتضى تطبيقها .

القتل أو الجرح باذن المجنى عليه فى الشريعة الاسلامية (١) :

الأصل فى الشريعة الاسلامية أن رضاء المجنى عليه بالجريمة

---

(١) الفقه الجنائى المقارن - المستشار أحمد موافى - الكتاب الثانى ص ٢٥٥ و ٢٥٦ .

لا يبيحها الا اذا هدم الرضاء ركنا من أركانهـــا كرضاء المجنى عليـــه بحصول الغير على ماله مما ينفى عنه وصف الاختلاس وتسرى هـــذه القاعدة على الجرائم كافة عدا جرائم القتل والجرح لانها تتأثر بحـــق العفو المخول للمجنى عليه والأمر بشأن الرضا بالقتل يختلف فى نظر الفقهاء عن الرضا بالجرح والضرب على النحو الآتى :

الرضـــا بالقتل (١) :

هناك ثلاثة آراء فى خصوص الرضا بالقتل :

الرأى الأول : **فى رواية لأبى حنيفة وعند أبى يوسف واحمد** : الاذن يسقط العقاب فيسقط القصاص والدية لأن من حق المجنى عليه العفو عن العقوبة والاذن بالقتل يساوى العفو عنها .

الرأى الثانى : فى احدى الروايتين عن أبى حنيفة واحد القولين فى مذهب الشافعى : الاذن يسقط القصاص فى القتل ولا يسقط وجوب الدية وحجة هذا الرأى أن الاذن شبهة يمتنع معها القصاص ولكنهـــا لا تمنع الدية لأن شبهة العمد والخطأ تجب فيهما الدية .

الرأى الثالث : رأى مالك وزفر واحد القولين فى مذهب الشافعى: العقوبة الكاملة تثبت ، فاذا كانت العقوبة القصاص كان القصاص واجبا، وذلك لأن عصمة النص لاتباح الا بما نص الشارع عليه والاذن بالقتـــل ليس منها .

---

(١) العقوبة للشيخ محمد أبو زهرة ص ٤٢٨ الى ٤٣١ -

الرضـا بالجرح :

يرى جمهور الفقهاء أنه لا قصاص ولا دية ولا أرش جراحة وذلك لأن الذى يطالب بذلك هو المجنى عليه وقد أسقط حقه فى المطالبة بالاذن السابق فليس له المطالبة بالتعويض عن أمر أجازه .

وانما مثار الخلاف اذا ما أفضى الاذن بالجرح الى الموت : فيرى أبو حنيفة ومالك تطبيق حكم القتل العمد فى هذه الحالة ، لأن الاذن لم يكن بالقتل . فالفعل الذى أسفر عنه الموت كان قتلا عمدا بغير اذن

ويرى أبو يوسف والشافعى واحمد : ان العقوبة المقررة بنوعيها وهى القصاص والدية تسـقط لأن الاذن ثابت ابتداء ، وافضاء الجرح الى الموت لا يجعل الفعل غير ماذون به ، والجريمة رغم الاذن قائمة ، ولذلك يجوز لولى الأمر أن يفرض عقوبات تعزيرية على الفعل .

الاذن بالقتل والجرح فى القانون الوضعى :

فيما عدا بعض افعال الجرح والضرب التى تكون بمنجـاة من العقاب كما هو الحال بالنسبة للجراح فى اجراء جراحته وللرياضى فى مزاولة رياضته استنادا الى ما تقضى به المادة ٦٠ من قانون العقوبات من أنه لا تسرى أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة ، فان الاذن فى جرائم الاعتداء على النفس لا يبيح القتل أو الجرح ولا يسقط العقوبة .

سقوط الجريمة لاباحة موضوعها فى الشريعة الاسلامية :

اذا كان موضوع الجريمة مباحا فلا تكون ثمة جريمة ، والمحاربون أى غير المسلمين الذين يحاربون المسلمين اذا دخلوا دار الاسلام بغير أمان ، فان دمهم مباح مهدر ، فاذا قتلهم مسلم فلا عقاب عليه لأن الحرب أباح دماءهم ، وكذلك المحاربون الذين يخرجون لقطع الطريق ، فاذا أريد معاونة ولى الأمر لكسر شوكتهم وأدى ذلك الى قتلهم فانه لا جريمة فى ذلك وكذلك الشان بالنسبة لقتل المرتد والزانى المحصن والباغى ومن عليه القصاص ، بالنسبة للمجنى عليه ووليه ، والسارق ، بالنسبة للعضو الذى يجب قطعه وقد يستهدف من يقوم بذلك للتعزير باعتباره مفتاتا على السلطات العامة المنوط بها تنفيذ العقاب لا باعتباره مرتكبا لجريمة قتل أو جرح ، على تفصيل فى ذلك ، اذا كانت هذه السلطات قائمة باداء واجبها فى تنفيذ العقوبات التى فرضتها الشريعة الاسلامية .



الكتاب الثاني

الحدود

الحــــدود (١)

الحدود : جمع حد وهو فى اللغة المنع .

والحدود فى الشـريعة هى عقوبات ثابتـة بنص القرآن أو بسـنة رسول الله ومقدرة فى جرائم تجب حقا لله تعالى .

وسميت حدودا لأنها محددة ومقدرة بتقدير الله تعالى لدفع الفساد عن الناس ، وليس لأحد أن يزيد فيها أو ينقص ، فهى حـدود الله التى تحمى نظام المجتمع .

ويطلق الحد على الجريمة ذاتها كما يطلق على العقوبة المقررة لها:

ولا يسمى القصاص حدا ولا الدية حدا لأن العقوبات المقررة لهـذه الجرائم وان كانت مقدرة شرعا الا أنها مقررة حقا للأفراد (٢) .

والعقوبات التى اعتبرت حدوداً هى :

١ ـ حــد السرقة .

٢ ـ حد قطع الطريق (الحرابة) .

٣ ـ حـد الزنا.

---

(١) يراجع للمؤلف مذكرات فى مبادىء الفقه الجنائى الاسـلامى لطلبة معهد الدراسات الاسلامية طبعة ١٩٧٦/١٩٧٧ ص ٧٩ وما بعدهـا وطبعة ١٩٧٨ ص ٩٠ وما بعدها وطبعة سنة ١٩٧٩ ص ١٠٣ وما بعدها.

(٢) فتح القدير ـ الجزء الرابع ـ ص ١١٢ ـ حاشية رد المختار ـ مطبعة الحلبى ـ الجزء الرابع ـ ص ٣ و ٤ .

٤ ـ حـد القـذف .

٥ ـ حـد الشـرب .

٦ ـ حـد الردة .

٧ ـ حـد البـغى .

وسنخصص لكل حد من هذه الحدود فصلا .



الفصل الأول

الســـــرقه

حددت الشريعة الاسلامية العقوبة مقـدما لجريمتين من جـــرائم الاعتداء على المال هما السرقة وقطع الطريق (الحرابة) ، وقد اطلق بعض الفقهاء على جريمة قطع الطريق الســرقة الكبرى تمييزا لها عن جريمة السرقة العادية التى تسمى السرقة الصغرى ، فاذا لم يتوفر شروط الحد فى الفعل أو درأ الحد للشبهة فان مــــرتكب الفعل لا ينجو من العقاب اذ توقع عليه عقوبة تعزيرية اذا أعتبر فعله جريمة على المـــال ليست لها عقوبة مقدرة .

والسرقة جريمة ورد النص على عقوبتها فى القرآن الـــكريم فى قوله تعــــالى :

(والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله)

والسرقة فى اللغة : أخذ الشىء من الغير على ســـبيل الخفيـــة والاستسرار ومنه استراق السمع وهو أن يستمع مستخفيا ، قال الله تعالى (إلا من استرق السمع) ، اذ سمى سبحانه وتعالى اخذ المسموع على وجه الاستخفاء استراقا .

والسرقة كما عرفها مذهب الحنفية : أخذ العاقل البالغ عشرة دراهم أو مقدارها خفية عمن هو متصد للحفظ ، مما لا يتسارع اليه الفســـاد من المال المتمول للغير من حرز بلا شبهة .

وعرفها بعض فقهاء هذا المذهب بانها : أخذ مال الغير على سبيل الخفية نصابا محرزا للتمول غير متسارع اليه الفساد من غير تأويل ولا شبهة (١) .

وعرفها الشافعية بانها : من سرق وهو بالغ عاقل مختار التزم حكم الاسلام نصابا من المال الذى يقصد الى سرقته من حرز مثله لا شبهة فيه (٢) .

وعرفها المالكية بانها : أخذ مكلف مالا مملوكا لغيره نصابا فأكثر من حرز خفية لا شبهة فيه (٢) .

ويبين من هذه التعريفات انه لاقامة حد السرقة يجب عند جمهور الفقهاء توافر الأركان الاتية :

الركن الأول : الاخذ خفية .

الركن الثانى : أن يكون المال المأخوذ مالا منقولا مملوكا للغير .

الركن الثالث : أن يكون المال محرزا .

الركن الرابع : أن تبلغ قيمة المال نصابا معينا .

الركن الخامس : توافر القصد الجنائى .

---

(١) فتح القدير - ج ٤ ص ٢١٩ .
(٢) المهذب ج ٢ ص ٢٧٧ .
(٣) الجامع لأحكام القرآن - ج ٦ ص ٨٩ .

الركن الأول

الأخـــذ خفيـة

الخفية تعتبر ركنا أساسيا فى السرقة الموجبة للحـــد عند جمهور الفقهـــاء .

والمقصود بالخفية أن يؤخذ الشىء على سبيل الاستخفاء من حرزه المعد لحفظه واخراجه من حيازة المجنى عليه وادخاله فى حيازة الجانى وذلك كأن ياخذ الجانى متاع شخص آخر من داره أثنـــاء نومه أو فى غيبته ، أو ياخذ الحاصلات الزراعية المملوكة له المودعة فى مخزن اعدة لحفظها فى غيرحضوره .

وفقهاء الحنفية والمالكية لا يجعلون علم المحرز وحده نافيا للخفية وانما يعتدون ايضا بموقف الجانى ، ويرون أن ركن الخفية يتحقق كلما كان السارق وصاحب المال أو أحدهما على الأقل جاهلا بوجود الآخـــر أو معتقدا بانه لا يراه ، ولا تنتفى الخفية الا اذا كان كل منهما عالما بوجود الآخـــر (١) .

ويشترط المالكية توافر الخفية من بداية السرقة الى نهايتها (٢) .

---

(١) جاء فى فتح القدير ج ٤ ص ٢١٩ و ٢٢٩ ما يلى :
اذا كان صاحب الدار يعلم دخوله واللص لا يعلم كونه فيها أو يعلمه اللص وصاحب الدار لا يعلم دخوله أو كانا لا يعلمان قطع ولو علما لا يقطع .
(٢) حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٢٤٣ .

وأما فى المذهب الحنفى فيفرقون بين السرقة التى تقع نهارا وتلك التى تقع ليلا ، فيشترطون توافر الخفية فى السرقات التى تحدث نهارا ابتداء وانتهاء ، والاكتفاء بتوافر الخفية عند الابتداء فى السرقات التى تقع ليلا (١)

والعلة فى التفرقة بين الحالتين انه فى النهار يدرك الغوث عادة المجنى عليه اذا طلبه ، اما فى الليل فانه يصعب ان يدرك المجنى عليه الغـــوث .

وينبنى على ذلك عدم توافر الاخذ خفية بالنسبة الى :

المنتهب : وهو الذى يأخذ المال على وجه العلانية قهرا .

والمختلس : وهو الذى يختطف المال من يد صاحبه جهرا ويهرب .

والخائن : وهو الذى يؤتمن على شىء عن طريق العارية أو الوديعة فيستولى عليه وينكره .

ذلك لأن اخذ المال فى هذه الحالات يتنافى مع الخفية المشترطة لاقامة حد السرقة .

وقد قال عليه الصلاة والســـلام « لا قطع فى مختلس ولا منتهب ولا خائن » (٢) .

---

(١) جاء فى فتح القدير ج ٤ ص ٢١٩ ما يلى : الخفية مراعى فيها اما ابتداء وانتهاء ، وذلك سرقة النهار فى المصر أو ابتداء لا غير وهى فى سرقة الليل فلذا اذا دخل البيت ليلا خفية ثم أخذ المال مجاهرة ولو بعد مقاتلة ممن فى يده قطع به للاكتفاء بالخفية الاولى واذا كابره فى المصر نهارا وأخذ ماله لا يقطع استحسانا وان كان دخل خفية والقياس كذلك فى الليل لكن يقطع اذ غالب السرقات فى الليل تصير مغالبة اذ قليـــلا ما يختفى فى الدخول .

(٢) فتح القدير - ج ٤ ص ٢٣٣ .

وروى عن الامام على رضى الله عنه أنه سئل عن المختلس والمنتهب فقال « لا شيء فيها ولا قطع فيها » .

ويعلل الفقهاء عدم القطع فى المنتهب أو المختلس بأن كلا منهما يأخذ المال مجاهرة ويعلم به المجنى عليه والعامة . فيسهل متابعتهما بواسطة السلطات المختصة واسترداد المال منهما وأما اشتراط الخفية للقطع فمرده الى أن الأخذ خفية يترتب عليه صعوبة معرفة الجانى فكان القطع هو العقوبة المناسبة إذا عرف الجانى بعد ارتكاب الجريمة (١) .

وأما الخائن الذى يجحد الحق فان فعله لا يعد سرقة موجبة للقطع لأن جحود العوارى والودائع والديون هو منع للحقوق . أما السرقة فهى أخذ للحقوق والفرق واضح بين الأخذ والمنع .

ولا يتوافر الأخذ خفية مع تسليم الشيء من المجنى عليه أو من يمثله سواء كان التسليم تم برضاء المجنى عليه أو أكره عليه وسواء نقل التسليم الحيازة كاملة أو ناقصة . لأن الأخذ خفية يقتضى أن يؤخذ الشيء من المجنى عليه دون علمه ودون رضاه والتسليم يجعل المجنى عليه عالما بأخذ الشيء سواء توفر الرضا أو انعدم وسواء أكان المجنى عليه راضيا بالتسليم أو مكرها عليه وان كان من الممكن أن يكون الفعل حرابة فى حالة الاكراه اذا توافرت أركان جريمة الحرابة .

واذا كان التسليم ممن لا شعور له أو اختيار كالصغير غير المميز والمجنون والسكران فانه يمنع توافر ركن الأخذ خفية لأن فقد الشعور

---

(١) المهذب جـ ٢ ص ٢٧٧ .

والاختيار ان كان يمنع من حصول التسليم اختيارا فانه لا يمنع غالبا من العلم بحصول التسليم واذا توفر العلم بالأخذ أنعدم ركن الخفية واذا قيل أن علم الصغير والمجنون والسكران غير معتبر فان هذا العلم غير المعتبر يكون شبهة تدرأ الحد (١) .

والتسليم يمنع توافر الأخذ خفية ولو قصد به مجرد الاطلاع على الشىء ، فلا يعتبر سرقة فرار الجانى بالشىء الذى سلم اليه بقصد بيعه أو اصلاحه فى حضور المجنى عليه ، أو اذا سلم المجنى عليه عملة كبيرة الى آخر لصرفها نقودا صغيرة فيستولى عليها ويهرب ، أو يضع الدائن سند المديونية تحت بصر المدين للاطلاع عليه فى حضوره ثم يرده اليه فيستولى عليه المدين ويهرب ، فكل هذه الصور لا يتوافر فيها ركن الخفية (٢) .

---

(١) التشريع الجنائى الاسلامى ، للأستاذ عبد القادر عودة . جـ ٢ ص ٥٣٨ و٥٣٩ .

(٢) نصت التشريعات التى قننت الحدود وفق أحكام الشريعة الاسلامية فى الدول الاسلامية وكذلك المشروعات التى أعدت لتقنين هذه الأحكام على وجوب توافر ركن الخفية فى السرقة التى يعاقب عليها بالقطع من ذلك : المادة ٢/١ من القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٢ فى شان اقامة حدى الزنا والحرابة فى ليبيا ، والمادة ١ (ب) من المشروع الذى أعدته اللجنة العليا لتطوير القوانين وفق أحكام الشريعة الاسلامية المشكلة بوزارة العدل بجمهورية مصر ، والمادة ١٢٥/(أ) من مشروع مدونة قانون العقوبات فى دولة الكويت .

الركن الثـــانى

أن يكون المأخوذ مالا منقولا مملوكا للغير

المال المنقول

يشترط أن يكون محل السرقة مالا منقولا لأن السرقة تقتضى أن يتم نقل الشىء أو اخراجه من حيازة المجنى عليه ومن حرزه الى حيازة الجانى وهذا لا ينطبق الا على المنقولات ، أما العقارات فلا تصلح محلا للسرقة لأنه لا يمكن نقلها من مكان الى آخر . ولا تطبق القواعد المدنية الخاصة بالتفرقة بين المنقولات والعقارات فى السرقة ، فكل شىء يمكن نقله من مكان الى مكان ، سواء بقى سالما أو تعرض للتلف ، يصلح محلا للسرقة وان كان من الناحية المدنية يعد عقارا بالتخصيص مثل « المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله » . (المادة ٢/٨٢ من القانون المدنى) والعقـــار بطبيعته أى ولو كان : « مستقرا بحيزة ثابتا فيه لا يمكن نقله منه دون تلف » (المادة ١/١٨٢ من القانون المدنى) يمكن اعتباره منقولا بالنسبة للأجزاء الذى يمكن انتزاعها منه ، لأن هذه الأشياء بنزعها تصح منقولا بفصلها عن العقار ، ومن ثم يعتبر منقولا فى خصوص جريمة السرقة الأبواب والنوافذ والمواسير المنتزعة من الأبنية والأحجار المنتزعة من الأرض والاشجار التى تقطع ، والآلات الزراعية والماشية التابعة للأراضى الزراعية ، والعدد والآلات الصناعية التى رصدت لخدمة المصانع .

ويشترط أن يكون الشىء المنقول ماديا سـواء أكان صلبا كالنقود

والسيارات والمعادن أو سائلا كالدواء او غازيا كغاز الاستصباح ويجوز أن يكون التيار الكهربائى محلا للسرقة ، لأنه قابل للحيازة والتملك والنقل.

وأما الأموال المعنوية كالأفكار والابتكارات والحقوق الشخصية كالديون والحقوق العينية كحق الارتفاق فلا تكون محلا للسرقة لأنها حقوق مجردة غير قابلة للنقل من مكان الى آخر ٠ ولكن المحررات المثبتة لها تعتبر فى ذاتها منقولا ، ويجوز أن تكون محلا للسرقة ٠

وقد استتبعت شدة العقوبة المقررة لجريمة السرقة وضع شروط وقيود لاقامة الحد درءا للحدود بالشبهات ، وقد اختلف الفقهاء فى وجوب الحد بالنسبة لسرقة بعض الأموال ٠ ونورد فيما يلى بيان ذلك :

* * *

الأشياء غير المتقومة

يشترط جمهور الفقهاء أن يكون محل اسرقة مالا متقوما أو محترما، والأشياء المحرمة فى الاسلام كالخمر والخنزبر لاقيمة لها عند المسلم وان كانت لها قيمة عند غير المسلم لذلك كانت قيمتها نسبية لامطلقة ومن ثم تقوم بشانها شبهة عدم التقوم أو عدم المالية وهذه الشبهة تدرأ الحد ، ويستوى أن يكون صاحب المال مسلما أو غير مسلم أو أن يكون السـارق مسلما أو غير مسلم لأن العبرة بتقويم المال أو عدم تقومه (١) .

وعند أبى حنيفة لا يقطع فى سرقة الميتة أو جلدها لأنها لا تعتبر مالا ولا فى سرقة الكلب لأن جنسه مباح الأصل ، ولاختـلاف العلماء فى ماليته ، مما يورث شبهة .

ولا قطع عند مالك فى سرقة الكلب معلما أو غير معلم ، لحرمة ثمنه ويرى القطع فى جلد الميتة بعد دبغها اذا بلغت نصابا لأن جلدها باق على ملك صاحبها بدبغه فينتفع به .

ويرى الشافعى عدم القطع فى الكلب وجلد الميتة قبل دبغه .

ويرى الأشهب قرين ابن القاسم القطع فى سرقة كلب الصيد (٢) .

---

(١) يرى عطاء أن من سرق خمرا أو خنزيرا من أهل الكتاب الذميين يقطع من اجل أنه حل لهم فى دينهم ، وان سرق ذلك من مسلم فلا قطع عليه ـ المحلى ـ ج ١١ ص ٣٣٤ .

(٢) فتح القدير ج ٤ ص ٢٣٢ .
تنص المادة ٣/١ من القانون الليبى رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٢ على أنه يشترط فى السرقة المعاقب عليها حدا أن يكون المال المسـروق منقولا متمولا محترما ، كما تنص على ذلك المادة ١/جـ من مشروع اقامة حـد السرقة الذى أعدته اللجنة المشـكلة بوزارة العدل بجمهورية مصـر ، والمادة ١/١٢٥ من مشروع مدونة قانون العقوبات الكويتى .

ادوات اللهو :

عند جمهور الفقهاء لا قطع فى سرقة المعازف وأدوات اللهو كالطبل والمزمار والدف وان بلغت قيمتها بعد كسرها نصاب السـرقة لأنها آلات للمعصية فلا يقطع فى سرقتها شانها فى ذلك شأن الخمر والخنزير ولأنه يتأول فى أخذها للكسر فكان ذلك شبهة تدرأ الحد (١) .

وفى المذهب المالكى رأى بانه لا قطع فى أدوات اللهو الا اذا كانت تساوى بعد كسرها تقديرا نصابا فيقطع فى سرقتها (٢) .

مال الحربى والمستامن :

يشترط اتفاقا فى المسروق أن يكون معصوما فإن لم يكن معصـوما كان مباحا ولا يعتبر أخذه سرقة كمال الحربى بدار الحرب فهو مال غيـر معصوم ولا قطع فى أخذه خفية .

أما أخذ مال المستامن فى دار الاسلام فقد اختلف بشـأنه الفقهاء :

فيرى أبو حنيفة عدم القطع لقيام شبهة الاباحة فى مال المستامن لأنه من أهل دار الحرب ودخل دار الاسلام لمدة مؤقتة ، وكونه من أهل دار الحرب يورث شبهة الاباحة فى ماله لأنه كار فى الأصل مباح المـال وثبتت العصمة لنفسه وماله بأمان عارض ، وذلك على خلاف الذمى لأنه من أهل دار الاسلام وهو معصوم الدم والمال عصمة مؤبدة ليس فيها شبهة الاباحة .

---

(١) حاشية رد المختار ج ٤ ص ٩٢ .
(٢) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٤ ص ٣٣٦ .

كما يرى أبو حنيفة الا يقـــام الحد على المســـتامن اذا سرق مال المسلم أو الذمى لأنه أخذه على اعتقاد الاباحة ولأنه لم يلتزم باحكام دار الاســـلام .

ويرى أبو يوسف قطع المستامن اذا سرق مال المسلم او غير المسلم .

ويرى مالك وأحمد قطع المستامن اذا سرق مسلما أو غير مسلم كما يقطع المسلم والذمى فى سرقة مال المستامن وذلك لأن الحـــد لله فوجب اقامته (١) .

وفى مذهب الشافعى يقطع المستامن اذا اشترط فى الأمان قطعــه للسرقة لأنه يكون فى هذه الحالة ملتزما باحكام السرقة ، فاذا لم يشترط ذلك فلا يقطع لانتفاء التزامه ، ولا يقطع مسلم أو ذمى بســرقة ماله الا اذا اشترط قطعه فى السرقة لاستحالة قطعهما بسرقة ماله دون قطعه بسرقة مالهما (٢) .

الأشباه مباحة الأصل او التافهة :

لا يقام حـــد السرقة عند أبى حنيفة على من يسرق أسدا أو فهــدا أو حيوانا من حيوانات الصيد أو الطيور او الوحوش ، وعلل ابو حنيفة

---

(١) التشريع الجنائى الاسلامى – للأســتاذ عبد القادر عودة جـ ٢ ص ٦٠١ .

(٢) نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٤٤٠ .
ولم ينص القانون الليبى رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٢ والمشروع الذى اعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل بمصر ومشروع مدونة قانون العقوبات الكويتي على عدم القطع فى معرفة مال المستأمن .

ذلك بأن هذه الحيوانات والطيور مباحة الأصل ولا يتم احـــرازها عادة ولأنها تأتى عن طريق الاصطياد وهو مباح عملا بقول النبى صلى الله عليه وسلم « الصيد لمن أخذه » ، وقوله « لاقطع فى الطير » مما يورث شبهة تدرأ الحـد .

كما يرى ابو حنيفة أنه يشترط فى المال الذى يكون محلا للســرقة أن يكون مما يعده الناس فى اغراضهم المختلفة ويعتزون فى الحصول عليه. وعلى ذلك لا يقطع فى سرقة ما يوجد تافها مباحا فى دار الاسلام كالتبن والحشيش والقصب والحطب والخشب والطين والحصى والفخـــار واشباهها ، وأنه يرجع الى عرف الناس وعاداتها فى بيان تفـاهة الشىء أو عدم تفاهته .

والأصل فى ذلك حديث عائشة رضى الله عنهـا قالت : كانت اليـد لا تقطع على عهد رسول الله عليه الصلاة والســلام فى الشىء التافه أى الحقير وما يوجد جنسه مباحا فى الأصل بصورته غير مرغوب فيه حقير تقل الرغبات فيه والطباع لا تضن به .

والقول (بصورته) احتراز لتخرج من الأموال التـــافهة الأبواب والأوانى الخشبية لتغيرها عن صورتها الأصلية بالصنعة وتلحق بتصنيعها بالأموال ذات القيمة ، وقوله (غير مرغوب فيه) هو احتراز لاخـــراج الذهب والفضة واللؤلؤ واليواقيت ونحوها من الأحجار التى توجد فى دار الاسلام ولكنها مرغوب فيها فيقطع فى كل ذلك ، وقوله (والطبــــاع لا تضن به) اى لا تبخل أى قلما يؤخذ على كره من المالك .

ويخالف الفقهاء رأى أبى حنيفة فى أن التفاهة تمنع من اقامة الحد

ويرون أن كل ما يمكن تملكه ويجوز بيعه يجب اقامة الحد فى سرقته ولكنهم اختلفوا فى تطبيق هذه القاعدة .

فيرى مالك أقامة الحد فى سرقة اى سال مباح الأصل مادام المجنى عليه قد حازه . لأنه مال متمول يجوز بيعه واخذ العوض عنه . وكـذلك يرى القطع فى سرقة الجوارح طيورا أو سباعا اذا بلغت قيمة المســروق النصـــاب .

وعند الحنابلة القطع واجب فى سرفة كل مال بغض النظر عما اذا كان تافها أو مباح الأصل ، اذا بلغت قيمة النصاب ولكنهم يســتثنون من ذلك الماء والكلأ والملح والثلج والتراب على خلاف فى ذلك .

وعند أبى يوسف يجب القطع فى سرقة كل شىء الا الطين والحصى والسرقين ، وروى عنه الا الماء والتراب والطين والحصى والمعـــازف والنبيذ ، لأن ما سوى هذه أموال متقومة محرزة فصارت كغيرها ، وقد زالت الاباحة الأصلية وزال أثرها بالاحراز بقصد التملك ، وهـــذا قول الشافعى أيضا (١) .

الأموال التى يتسارع اليها الفساد :

يرى أبو حنيفة انه لا قطع فيما يتسارع اليه الفساد ولا يحتمل الادخار

---

(١) فتح القدير جـ ٤ ص ٢٢٧ . وقد أخذ القانون الليبى رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٢ والمشروع الذى أعدته اللجنة المشـــكلة بوزارة العدل بمصر ومشروع مدونة قانون العقوبات الكويتى برأى المالكية والحنابلة فلم ينص على عدم القطع فى سرقة الأشياء مباحة الأصل .

ولا يبقى من سنة الى سنة كاللبن والخبز والفواكه الرطبة واللحم الطرى والمجفف والسمك الطرى والمملح ، وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا قطع فى ثمر ولاكثر » (١) ، وقوله عليه الصلاة والسلام « لا قطع فى الطعام » والمراد ما يتسارع اليه الفساد (٢)

والحكمة فى منع القطع فى هذه الحالة هو التفاهة لأن ما لايحتمل الادخار يقل شانه عند الناس فيعتبر تافها ، ومعيار التفاهة يرجع فيه الى عرف الناس ، وهذا العرف يختلف باختلاف الزمان والمكان ، فما يعتبر تافها فى مكان وزمان معين قد لا يعتبر كدلك فى مكان أو زمان آخر

وعند مالك والشافعى وابى يوسف يقطع فى الطعام الرطب بشرط بلوغ نصاب القطع فى كل حالة ، وذلك لأن الله تعالى أمر بقطع السارق مطلقا ، وأن الأموال التى يتسارع اليها الفساد مال يتمول ويرغب فيه (٣)

المصاحف والكتب المشتملة على العلوم الشرعية كالفقه والحديث :

يرى أبو حنيفة أنه لاقطع فى سرقة المصاحف والكتب المشتملة على

---

(١) الكثر ـ الجمار ، وهو شحم النخل وهو شىء يقطع من رؤوس النخل ويؤكل ـ وقيل : الودى وهو صغار النخل .

(٢) فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٧ .

(٣) تنص المادة ١٢٨/ زمن مشروع مدونة قانون العقوبات الكويتى على الا يقام حد السرقة اذا كان المال المسروق مما يتسارع اليه الفساد .

ولم ينص مشروع حد السرقة الذى اعدته اللجنة المشكلة بجمهورية مصر على عدم القطع فى هذه الحالة وعللت ذلك المذكرة الايضاحية للمشروع بانه صار الان حفظ تلك الأشياء بطريق التبريد بما يقيها من تسارع الفساد اليها لمدة طويلة .

العلوم الشرعية كالفقه والحديث لأن المقصود بأخذها علم ماتحتويه وذلك ليس بمال ، وان الآخذ يتأول فى أخذه القراءة والنظر فيمـــا تشـتمل عليه (١) .

ويرى مالك والشافعى وأحمد القطع لأنه مال متقوم اذ الورق مال وقد زادت قيمته بما دون فيه ولم تنقص قيمته بعد الكتابة .

واذا كان المصحف محلى بحلية تبلغ وحدها نصابا ، فيرى البعض ممن يرى عدم القطع فى سرقة المصحف أنه لا يقطع فى اخذ الحلية لأنها تابعة للمصحف . ويرى بعضهم القطع لأن الجانى يكون فى هذه الحالة قد سرق نصابا من الحلى مما يوجب اقامة الحد كما لو سرقه منفردا .

أما دفاتر الحساب والدفاتر البيضاء ففيها القطع اذا بلغت نصـــابا لأن المقصود فيها هو الورق الأبيض (٢) .

الثمـار المعلقـة فى اشـجار :

لايقطع ابو حنيفة فى سرقة الثمار المعلقة على أشجارها أو الحنطة فى سنابلها ولو كانت محرزة بحائط أو بحـــافظ . لأن الثمر مادام على شجرة فهو مما يتسارع اليه الفساد . فاذا قطع الثمر ووضع فى جرن حتى تم جفافه وأصبح مما لا يتسارع اليه الفساد فان سرقته توجب القطع متى بلغت قيمة المسروق النصاب ، ويستند أبو حنيفة فى رأيه الى قول النبى

---

(١) رد المحتار على الدر المختار ج ٤ ص ٩٣ .
(٢) فتح القدير ج ٤ ص ٢٢١ .

صلى الله عليه وسلم : « لاقطع فى ثمر ولاكثر حتى يؤويه الجـرين فاذا آواه فبلغ ثمن المجن ففيه القطع » والى ماروى عنه عليه الصلاة والسلام من رواية أبى داود والنسائى وابن ماجه انه قال : « من أصاب بغية من ذى حاجة غير متخذ خبنة فلا شىء عليه ، ومن خرج بشىء منـه فعليه غرامة مثله ومن سرق منه شيئا بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن ففيه القطع » (١) .

وقال المالكية والشافعية والحنابلة بالقطع فى سرقة الثمار المعلقـة على الشجر اذا كانت محرزة بسور مغلق عليها (٢) .

سرقة الصليب :

يرى أبو حنيفة عدم القطع فى سرقة صليب من الذهب او الفضة ، ولا فى سرقة الشطرنج أو النرد لأنه يتأول من أخذها الكسر ، اى اباحة الأخذ للكسر نهيا عن المنكر فلا يجب الا ضمان قيمته .

ويرى أبو يوسف انه اذا كان الصليب فى المعبد لا يقطع لعدم الحرز لأنه بيت ماذون بدخوله ، وان كان فى يد رجل فى حرز لا شـبهة فيه

---

(١) فتح القدير جـ ٤ ص ٢٢٨ والخبنة : هى ما يحمل تحت الابط فى ثنيات الثياب .

(٢) المحلى جـ ١١ ص ٣٣١ .

وتنص المادة ٥/٣ من القانون الليبى رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٣ على عدم تطبيق حد السرقة اذا كان المسروق ثمارا على الشجر أو ما يشابهها كالنبات غير المحصود وأكلها الجانى قبل أن يخرج بها - وعلى مثل ذلك المادة ٢/٤ من المشروع الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل بجمهورية مصر والمادة ١٢٨ (ب) من مشروع مدونة قانون العقوبات فى دولة الكويت .

يقطع لأنه مال محرز بشرط أن تكون قيمته بعد الكسر نصابا (١) .

وعند مالك والشافعى يقطع فى سرقة الصليب اذا كانت قيمته بعد الكسر تبلغ نصاب السرقة .

سرقة الصبى والعبد (٢) :

يرى أبو حنيفة أنه لا قطع على سارق الصبى الحر وان كان فى حيازته حلى لأن الحر ليس بمال وما عليه من الحلى تبع له .

ويقطع عند أبى يوسف ان كان عليه حلى يبلغ قيمته النصاب لأنه يجب القطع بسرقته وحده فوجب القطع مع غيره .

وقال مالك والحسن والشعبى : يقطع بسرقة غير المميز الحر لأنه كالمال .

ولا قطع فى سرقة العبد الكبير أى المميز ، لأنه يتم غصبا أو خداعا ولا قطع فيهما .

وقال جمهور الفقهاء : يقطع فى سرقة العبد الصغير لأنه مال متقوم

---

(١) فتح القدير ج ٤ ص ٢٣٠ .
أخذ القانون الليبى رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٢ والمشروع الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل فى مصر ومشروع مدونة قانون العقوبات بدولة الكويت برأى مالك والشافعى فلم تنص على عدم القطع على سرقة الصليب

(٢) فتح القدير ج ٤ ص ٢٣٠ و ٢٣١ ، هذا وقد فرض قانون العقوبات المصرى عقوبة تعزيرية شديدة (عقوبة جناية) على كل من خطف طفلا لم يبلغ سنة ست عشرة سنة كاملة بنفسه أو بواسطة غيره سواء بالتحايل أو الاكراه أو بغير ذلك بعقوبة تتراوح بين السجن والأشغال الشاقة المؤقتة (المادة ٢٨٨ والمادة ٢٨٩ من قانون العقوبات) .

ويرى أبو يوسف لا يقطع فى سرقة العبد وان كان صغيرا لا يعقل ولا يتكلم استحسانا لأنه آدمى ، ولذلك تقوم شبهة فى ماليته تدرا الحد .

المال المملوك للغير

يشترط لتوافر السرقة ان يكون المال المسروق مملوكا للغير ، فاذا كان المال مملوكا للسارق فالفعل لا يعتبر سرقة لانعدام موضوع الجريمة وذلك كمن يستولى على منقول فى حيازة شخص آخر ، ويكون هذا المنقول قد آل اليه بالميراث وهو لا يعرف ، والعبرة بملكية السارق للمسروق وقت السرقة فاذا كان السارق يملك المسروق قبل السرقة ثم خرج عن ملكيته قبل ارتكابها فيقطع ، وان كان لا يملكه وانما دخل فى ملكيته وقت السرقة كان ورثه فان مسئوليته الجنائية تنتفى فى هذه الحالة .

واذا اخذ شخص منقولا مملوكا له كان فى حيازة شخص آخر كان أخذه من مرتهن له أو مستعير له أو مستاجره او مودع لديه فالفعل لايعتبر سرقة ولو اخذه خفية .

ولا يعتبر الفعل سرقة اذا كان السارق لا يملك الشىء ولكن له حق الانتفاع به كالمستاجر والمرتهن والمستعير فلا يعتبر احدهم سارقا اذا اخذ الشىء لاستيفاء حقه المقرر على الشىء .

ويرى مالك أن السرقة تتوافر اذا كان الشىء المسروق مملوكا للغير ، ولو كان المجنى عليه مجهولا كسرقة شخص غير معروف لأن حد السرقة حق لله تعالى فلا يتوقف على خصومه ولا على معرفة المجنى عليه .

وعند أحمد والشافعى أن أخذ المال المملوك للشخص مجهول خفية، وان كان سرقة الا أن الجانى لا يقطع فيها لانهما يشترطان للقطع مطالبة

المجنى عليه بالمسروق فاذا كان المجنى عليه غير معروف ، فلا تكون هناك المطالبة المشترطة لاقامة الحد .

ويرى أبو حنيفة عدم اقامة الحد اذا كان المجنى عليه مجهـــولا ، ولو أقر الجانى بالسرقة لأن القطع مشروط بمطالبة المجنى عليه ومخاصمة للجانى (١) .

ويرى أبو يوسف القطع فى حالة الاقرار .

واذا لم يكن المال المأخوذ مملوكا لأحد كالأموال المباحة أو المتروكة فان أخذه لا يعتبر سرقة .

ولو قامت للجانى شبهة المالك فى المال المسروق فلا يقام حد السرقة، وقد اختلف الفقهاء عند تطبيق هذه القاعدة بالنسبة للأمور الآتية (٢) :

---

(١) تنص المادة ٣/٣ من القانون ١٤٨ لسنة ١٩٧٢ الليبى وكذلك المادة ٥/٤ من المشروع الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العـدل بمصر والمادة ١٢٨/هـ من مشروع مدونة قانون العقوبات الكويتى على الا يطبق حد السرقة اذا كان مالك المال المسروق مجهولا .

(٢) تنص المادة ٩/٣ من القانون الليبى رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٢ على أنه لا يطبق حد السرقة اذا كان للسارق شبهة فى الملك كشركة أو استحقاق فى وقف وكالسرقة من بيت المال والسرقة من الغنيمة .

وتنص المادة ٤/٤ من المشروع الذى أعدته اللجنة المشـكلة بوزارة العدل بجمهورية مصر على الا يطبق حد السرقة اذا كان للجانى شبهة ملك فى المال المسروق .

وتنص المادة ١٢٨/د من مشروع مدونة قانون العقـــوبات فى دولة الكويت على الا يقام حد السرقة اذا كان للجانى شبهة ملك فى المال المسروق أو كان مالكا لنصيب منه على الشيوع وكان ما استولى عليه يساوى حقه أو يزيد عليه بما لا يبلغ نصابا .

السرقة من بيت المال أو الغنم :

يرى ابو حنيفة والشافعى واحمد انه لاسرقة من بيت المال لأن هذا المال مال المسلمين والسارق منهم ، فاذا احتاج ثبت له الحق فيه بقدر حاجته ومن ثم يكون للسارق فى هذه الأموال حقا يندرىء به حد السرقة .

وقد روى أن عاملا لعمر رضى الله عنه كتب اليه يسأله عمن سرق من مال بيت المال قال : لا تقطعه فما من احد الا وله فيه . وان سرق ذمى من بيت المال قطع لأنه لا حق فيه (١) .

وأما مالك فيرى اقامة الحد على السارق من بيت المال والمغنم لأنه مال محرز ولا حق للسارق فى بيت المال قبل الحاجة ، وأن السارق من أموال الغنائم لو كان له نصيب فيها تكون حصته غير معروفة (٢) .

السرقة من الشريك :

لا يقطع السارق عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد اذا سرق مالا مشتركا مع المجنى عليه لأن للسارق حقا يورث شبهة تدرأ الحد .

ويرى مالك اقامة حد السرقة اذا سرق الشريك المال المشترك بشرط

---

(١) المهذب جـ ٢ ص ٢٨١ .

(٢) أخذ المشروع الذى وضعته اللجنة العليا المشكلة بوزارة العدل برأى مالك فنصت المادة الثالثة من المشروع على تطبيق حد السرقة على سرقة أموال الدولة أو أحد الهيئات أو المؤسسات العامة أو الشركات أو المؤسسات التى تساهم الدولة فى مالها بنصيب .

ان يأخذ نصابا أكثر من حقه ، وأن يكون مال الشركة محجوبا عنه أى محرزا عنه (١) ٠

سرقة الدائن من مدينه :

عند أبى حنيفة لا يقطع الدائن اذا سرق من مدينة مثل حقـــه لأنه استيفاء لحقه اذا كان الدين حالا ولا يقطع استحسانا اذا كان الدين مؤجلا، وذلك لأن التاجيل لتاخير المطالبة والقياس انه يقطع لأنه لا يباح له أخذه قبل الآجل ، ووجه الاستحسان أن ثبوت الحق وان تاخرت المطالبة يصير شبهة دارئة ، وان كان لا يلزمه الأداء الآن ٠ كذلك اذا ســـرق زيادة على حقه يصير شريكا فيه بمقدار حقه فتقوم شبهة تدرأ الحد ٠

ولا فرق عنده بين كون المدين مماطلا أو غير مماطل ٠

ويفرق الشافعى بين كون المدين مماطلا أو غير مماطل فلا يطبق حد السرقة على سرقة الدائن من مدينة المماطل ويطبق هذا الحد اذا كان المدين غير مماطل (٢) ، كما يرى القطع لو اخذ الدائن من غير جنس حقه كأن يكون حقه دراهم أو دنانير فاخذ عروضا لأنه ليس له اخـذها الا اذا قال انه أخذها رهنا بدينه فلا يقطع ٠

---

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٤ ص ٣٣٧ حيث جـاء « وان سرق مال شركة ان حجب عنه ، بأن أودعاه عند أمين أو جعـــل المفتاح عند الآخر أو قال له لا تدخل المحل الا معى » ٠

(٢) المهذب ج ٢ ص ٢٨٢ ٠

ويرى أبو يوسف بانه لا يقطع فى هذه الحالة لأن له أن يأخذه عند بعض العلماء قضاء لحقه أو رهنا به (١) .

وعند مالك لا قطع على من اخذ مثل حقه أو اكثر من حقه بما لا يصل الى النصاب من مدينه المماطل أو الجاحد سواء كان ماأخذه من جنس حقه أو من غير جنسه اذا كان الدين حالا فان زاد ما اخذه عن مقدار حقه نصابا قطع به ، كذلك يقطع اذا لم يكن الدين حالا أو لم يكن المدين مماطلا أو جاحدا (٢) .

السرقة من مال الوقف :

اذا كان السارق مستحقا فى الوقف فلا يقطع لأن له حقا فيه فيكون ذلك شبهة تدرا عنه الحد ، فان كان السارق غير مستحق فيقطع .

الأشياء المتروكة :

هى الأشياء التى كانت فى الأصل مملوكة لشخص ما ثم رأى أن يتخلى عنها بنية انهاء ما كان له من حق ملكية عليها كالملابس البالية والأمتعة وبقايا الطعام والأوراق وغيرها .

---

(١) فتح القدير ج ٤ ص ٢٨٥ و ٢٣٦ - حاشية رد المختار ج ٤ ص ٩٥ .

(٢) حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٣٣٧ ونظام التجريم والعقاب فى الاسلام - المستشار على منصور ص ٣٣٤ .

أخذ المشروع الليبى برأى مالك بنص فى المادة ٤/٣ من القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٢ على ألا يطبق حد السرقة اذا كان الجانى دائنا لمالك المال المسروق وكان المالك مماطلا أو جاحدا وحل أجله قبل السرقة وكان ما استولى عليه يساوى حقه أو أكثر من حقه بما لا يصل الى النصاب فى اعتقاده .

ونص المشروع الذى أعدته اللجنة العليا المشكلة بوزارة العدل فى المادة ٧/٤ من المشروع على الحكم الذى تضمنته المادة ٤/٣ من القانون الليبى ، كما نصت المادة ١٢٨/ ومن مشروع مدونة قانون العقوبات بدولة الكويت على ذلك .

وحكم الأشياء المتروكة هو حكم الأشياء المباحة . اذ أن هـذه الأشياء بتركها تصبح ولا مالك لها ، فاذا استولى عليها أحد فلا يعد سارقا لأنها اصبحت غير مملوكة لأحد (١) .

اللقطــــة :

اللقطة هى ما يلتقط من مال ضائع أو مال متـروك على ملك تاركه .

ويقابل تعبير اللقطة فى الشريعة الاسلامية ما يسمى فى القـــــانون الوضعى بالأشياء الفاقدة أو الضائعة (٢) .

---

(١) تنص المادة ٨٧١ من القانون المدنى المصرى على ان :

١ - يصبح المنقول لا مالك له اذا تخلى عنه مالكه بقصـــد النزول عن ملكيته .

٢ - ويعتبر الحيوانات غير الأليفة لا مالك لها ما دامت طليقة ، واذا اعتقل حيوان منها ثم أطلق عاد لا مالك له اذا لم يتبعه المالك فورا أو اذا كف عن تتبعه ، وما روض من الحيوانات وألف الرجوع الى المكان المخصص له ثم فقد هذه العادة يرجع لا مالك له .

وقد عرفت محكمة النقض الشىء المتروك « بانه هو الذى يستغنى صاحبه عنه باسقاط حيازته وبنية انهاء ما كان له من ملكيـة عليه فيغدو بذلك ولا مالك له فاذا استولى عليه أحد فلا يعد سارقا ، لأنه أصبح غير مملوك لأحد والعبرة فى ذلك بواقع الأمر من جهة المتخلى وليس بمـــا يدور فى خلد الجانى .. » .

(٢) تنص المادة ٩٧٧ من القانون المدنى على أنه :

١ - يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله اذا فقده أو سرق منه ، أن يسترده ممن يكون حائزا له بحسن نية وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة .

٢ - فاذا كان من يوجد الشىء المسروق فى حيازته قد اشتراه بحسن نية فى سوق أو مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر فى مثله فان له أن يطلب ممن يسترد هذا الشىء أن يعجل له الثمن الذى دفعه » . =

وللقطة أحكام فى الشريعة الاسلامية : هو أن يقوم الملتقط بتعريفها ويعلن عنها مدة معينة ، فان عرفها صاحب الشىء فله أن يسترده ان كان موجودا وله الرجوع بثمنه على الملتقط ان لم يكن موجودا وان لم يعرف مالكها فللملتقط أن يتصرف فى الشىء ويتصدق بثمنه أو ينفقه على نفسه ان كان محتاجا ، على تفصيل فى ذلك ، والأصل فى ذلك ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ان رجلا جاء يسال النبى عليه الصلاة والسلام عن اللقطة(١) فقال : « أعرف عفاصها(٢) ووكاءها(٣) ثم عرفها سنة فان جاء صاحبها فادفعها اليه والا فشأنك بها » . وسئل عن ضالة الغنم قال « خذها فانما هى لك أو لأخيك أو للذئب » وسئل عن ضالة الإبل قال : « مالك ومالها معها سقاؤها وغذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر فذرها حتى يجدها ربها » .

= وتنص المادة الأولى من الأمر العالى الصادر فى ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ على أن :

« كل من يعثر على شىء أو حيوان ضائع ولم يتيسر له رده الى صاحبه فى الحال يجب أن يسلمه أو أن يبلغ عنه الى أقرب نقطة بوليس فى المدن أو الى العمدة فى القرى ، ويجب اجراء التسليم فى ظروف ثلاثة أيام فى المدن وثمانية أيام فى القرى ومن لم يفعل ذلك يعاقب بغرامة يجوز ابلاغها الى مائة قرش وبضياع حقه فى المكافاة المنصوص عليها فى المادة الثالثة . فاذا كان حبس الشىء أو الحيوان مصحوبا بنية امتلاكه بطريق الغش فتقام الدعوى الجنائية المقررة لمثل هذه الحالة ولا يبقى وجه للمحاكمة فى المخالفة » ومفاد هذا النص أن من يلتقط شيئا مفقودا بنية الاستيلاء عليه فان فعله يكون سرقة خاضعة لكل أحكامها فى التشريع الوضعى .

(١) فتح القدير : ج ٤ ص ٤٢٨ .
(٢) العفاص : الوعاء الذى فيه اللقطة .
(٣) الوكاء : الحبل الذى تشد به اللقطة .

وطبقا لأحكام الشريعة الاسلامية لا يعتبر أخذ اللقطـة سرقة ، ولو اخذها بنية تملكها . وانما يكون هذا الفعل جريمة أخرى هى جـريمة كتمان اللقطة ويعاقب عليها بالتعزير . لأن هناك فرقا بين السـرقة والالتقاط فالسارق يقصد أخذ الشىء خفية قبل ارتكاب الفعل ويسـرق غالبا من حرز ، أما الملتقط فيعثر على المال بطريق الصدفة ويأخـذ من غير خفية ، ولا تقوم لديه نية كتمان اللقطة الا بعد العثور على اللقطة غير محرزة (١) .

الركاز أو الكنز (٢) :

الركاز هو المال المدفون فى الأرض ويسمى الركاز الكنز أيضا . وقد سمى البعض ما وجد عليه علامة الجاهلية ركازا وما يدل على انه دفـن فى الاسلام كنزا .

والأصل فى الركاز قول النبى صلى الله عليه وسـلم : « وفى الركاز الخمس » وعلى ذلك فإن كان الكنز قد دفن فى الجاهلية وعليه علامة تدل على ذلك يكون الخمس فيه لبيت المال ولواجده البـاقى . وان كان الكنز قد دفن فى عهد الاسلام فان حكمه يكون حكم اللقطة التى سبق بيان حكمها .

---

(١) أخذ المشروع الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل بجمهورية مصر بهذا الحكم فنصت المادة ٦/٤ منه على الا يطبق حد السرقة اذا كان المسروق ضائعا ، كما تنص على ذلك المادة ١٢٨/د من مشروع مدونة قانون العقوبات لدولة الكويت .

(٢) تنص المادة ٨٧٢ من القانون المدنى على أن :

١ ـ الكنز المدفون أو المخبوء الذى لا يستطيع احد أن يثبت ملكيته له يكون لمالك العقار الذى وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته .

٢ ـ والكنز الذى يعثر عليه فى عين موقوفة يكون ملكا خاصا للواقف ولورثته .

وقد اختلف الفقهاء فى من له ملكية الكنـز فذهب البعض الى أنه مملوك لواجده بينما يرى البعض أنه مملوك لمالك الأرض ٠

وفى مجال المسئولية الجنائية لا يعتبر من يحفر على الكنز ويأخذه سارقا ، لأن البحث عن الكنز والحفر عليه لاستخراجه يقتضى العلانية بما ينفى عن الفعل وصف الخفية المشترط توافرها للقطع وان الخـلاف على ملكية الكنز وهل هى لمالك الأرض أو لمن حفر عليه ووجده يورث شبهة تدرأ الحـد ٠



الركن الثـالث

أن يكون المـــال محرزا

يشترط جمهور الفقهاء لوجوب اقامة حـد السرقة أن يكون المـال محرزا ، ولا يخالفهم فى ذلك الا أهل الظاهر وطائفة من أهل الحديث وحجتهم فى عدم اشتراط الحرز عموم آية السرقة .

وحجة جمهور الفقهاء فى اشتراط الحرز لوجوب القطع هو قـــول النبى صلى الله عليه وسلم « لا قطع فى ثمر معلق (١) ولا فى حريســة جبل (٢) فاذا أواه المرح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن » فقد علق النبى صلى الله عليه وسلم اقامة الحد بايواء المراح والجرين والمراح حرز الابل والبقر والغنم ، والجرين حرز التمر والعنب فدل ذلك على أن توافر الحرز شرط لاقامة حد السرقة فتخصصت الآية به ، ومرد اشتراط الحرز أن المال غير المحرز ضائع بتقصير مالكه .

والحرز فى اللغة : المكان الحصين أو الموضع الذى يحرز فيه الشىء

والمقصود بالحرز فى الفقه : هو ما نصب عادة لحفظ أموال الناس(٣)

والحرز على نوعين :

١ ـ حرز بالمكان أو حرز بنفسه : هو كل مكان معد للاحراز يمنـــع الدخول فيه الا باذن كالدور والحوانيت والخيم والخزائن والحظائر .

---

(١) الثمر فى الأشجار .
(٢) ما يحرس بالجبل .
(٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبى جـ ١ ص ١٦٢ .

٢ ـ حرز بالحافظ (الحارس) أو حرز بغيره : هو كل مكان غير معد للاحراز يدخل اليه بلا اذن ولا يمنع منه كالمساجد والمحال العامة والفنادق والطرق وحكمة حكم الصحراء ، ان لم يكن هناك حافظ وان كان هناك حافظ فهو حرز لذلك سمى حرزا بغيره .

والانسان يعتبر حرزا بالحافظ لكل ما يلبسه أو يحمله من متاع أو نقود أو غيرها ، فمن أخذ شيئا منه كالنشال قطع ، واذا كان المجنى عليه منتبها فان الفعل لا يعاقب عليه حدا لانتفاء ركن الخفية ولكن توقع على الجانى عقوبة تعزيرية .

والأصل فيه حديث صفوان . فقد روى صفوان بن امية انه قدم المدينة فنام فى المسجد متوسدا رداءه فجاء سارق فأخذ رداءه من تحت رأسه فأخذ صفوان السارق ، وجاء به الى النبى صلى الله عليه وسلم فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقطع يده (١) .

وقد اختلف الفقهاء فيما اذا كان الحرز المعتبر للشىء المسروق هو حرز المثل أو حرز النوع .

فيرى البعض الاعتداد بحرز المثل ، فحرز المثل بالنسبة للشاه الحظيرة ، والخزائن المغلقة حرز النقود والجواهر ، والبيوت حرز الثياب وما خف من المتاع كالمعادن غير النفسية ، فاذا سرق الجانى جواهر أو نقودا من حظيرة مثلا فلا يقام عليه حد السرقة على خلاف سرقة الشاة منها فان السارق يقطع لأن المال محرز .

ويرى البعض الآخر أن حرز النوع يصلح لانه يكون حرزا للاشياء كلها ، فالحظيرة مثلا يمكن ان تكون حرزا للنقود والجواهر .

---

(١) المهذب ـ ج ٢ ص ٢٧٩ .

وفى مذهب المالكية والشافعية والحنابلة تحديد مفهوم الحرز يرجع فيه الى عرف الناس وعاداتهم فى حفظ الاموال ، أى أن يكون المـال فى حرز مثله طبقا لما يجرى به العرف ، وهذا العرف يختلف باختلاف الزمان والمكان ومدى انتشار الأمن ونوع المال وقيمته (١) .

وفى المذهب الحنفى ، يرى الطحاوى أن حرز كل شىء معتبـــر بحرز مثله ، فاذا سرق دابة من اصـــطبل يقطع ، ولو سرق لؤلؤة من الاصطبل لم يقطع ، وإذا سرق شاة من الحظيرة يقطع ولو كان فيها ثوب فسرقه لم يقطع (٢) .

بينما يذهب الكرخى ، من المذهب الحنفى ، الى أن الاحـــراز لا تختلف باختلاف الأموال فما كان حرز لنوع جاز أن يكون حرزا لجميع الانواع ، فلو سرق لؤلؤة من اصطبل أو حظيرة غنم يقطع (٣) .

ومذهب الأئمة الثلاثة يتفق مع ما يجرى به العرف بين الناس فى حفظ اموالهم ، ويتسم بالمرونة ويحقق ما استهدفه الشـارع الاسلامى من اشتراط الحرز .

---

(١) المهذب ـ ج ٢ ـ ص ٢٧٨ .
(٢) فتح القدير ج ٤ ص ٣٣٤ .
(٣) فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٢ .
تشترط المادة ٣/١ من القانون الليبى رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٢ فى شان اقامة حدى السرقة والحرابة للقطع أن يكون المال المسروق فى حرز مثله.
كما تنص على ذلك المادة ١/ج من مشروع اقامة حد السرقة الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل بجمهورية مصر .
وتشترط المادة ١٢٥/ أ من مشروع مدونة قانون العقوبات الكويتى لاقامة حد السرقة من بين ما اشترطه أن يأخذ الجانى المال وهو فى حرز مثله .

وعند أبى حنيفة كل واحد من الحرزين معتبر بنفسه ، فلا يشترط وجود حافظ فى الحرز بنفسه لصيرورته حرزا ولو وجد فلا عبرة لوجوده، فالسرقة من حرز بالمكان تقوم ولو لم يكن هناك حافظ كما تقوم السرقة من حرز بغيره اذا وجد حافظ . وعنده أن الحرز بالمكان اذا اختل بالاذن للسارق بدخول الحرز فلا يجوز اعتباره حرزا بالحافظ ولو وجد الحافظ فى الحرز بالمكان .

ويخالف الأئمة الثلاثة هذا الرأى ، فلا يرون أن كل واحد من الحرزين معتبر بنفسه ، وعندهم أنه لو وجد حافظ فى الحرز بالمكان واختل هذا الحرز فانه يكون حرزا بالحافظ ، كما اذا رخص لشخص بدخول محل أقيم على محتوياته حارس فيسرق شيئا منها فيقطع عندهم لأنه اذا لم يعتبر الحرز لاختلاله بالاذن بالدخول فانه يعتبر حرزا بالحافظ

والأخذ من الحرز خفية يكون اما مباشرة أو بالتسبب .

فالأخذ المباشر : هو أن يأخذ الجانى المسروق ويخرجه من الحرز بنفسه دون أن يتخلل الأمرين فعل وسيط . كان يدخل الجانى منزلا ويحمل المسروقات الى الخارج أو ينقب جوالا ويدخل يده فيه ويستولى على ما به من غلال (١) .

أما الأخذ بالتسبب : فهو أن يؤدى فعل الجانى بطريق غير مباشر الى اخراج المسروق من حرزه ، كأن يضع الشىء المسروق على ظهر دابة ويسوقها فتخرج المسروق من الحرز ، أو يدخل الحرز وفيه ماء جار فيلقى المتاع فيه فيخرجه ، أو يسلم صغيرا لا يميز أو مجنونا المتاع داخل الحرز ويأمره باخراجه من الحرز فيخرجه .

---

(١) فتح القدير جـ ٤ ص ٢٤١ .

وعند جمهور الفقهاء الأخذ بالتسبب كالأخذ المباشر عقوبته القطع بشرط أن تتم شروط الأخذ وذلك باخراج المسروق من حرزه بمن حيازة المجنى عليه وادخاله فى حيازة الجانى ، وفى جميع الحالات يترتب على اخراج المال من حيازة المجنى عليه اخراجه من حرزه حتما كما اذا دخل الجانى الحرز وأخذ المتاع ثم أتلفه وذلك لانتفاء الاخراج ويأخذ الاستهلاك حكم الاتلاف لذات العلة (١) .

ويشترط أبو حنيفة لتوافر الأخذ التام هتك الحرز هتكا متكاملا ، فاذا كان الحرز مما يمكن الدخول فيه تعين لتوافر شرط الأخذ من حرز أن يدخل الجانى الحرز . أما بالنسبة للأحراز التى لا يمكن الدخول فيها كالصناديق وما اليها فالأخذ منها باليد يعتبر هتكا للحرز .

وأما الأئمة الثلاثة وأبو يوسف فيرون أن السرقة تتوافر بالأخذ من الحرز ، فكلما أمكن الأخذ من الحرز دون دخول يتوافر شرط الأخذ من الحرز . لأن العبرة هو بالأخذ من الحرز لا بالدخول فى الحرز .

ولا يقطع فى السرقة من الحرز بالمكان الا اذا تم اخراج المسروق من الحرز وذلك لقيام يد المالك عليه قبل الاخراج فلا يتحقق الأخذ الا بازالة يده ، وذلك بالاخراج من حرزه . فاذا كانت السرقة من منزل فيجب أن يخرج الجانى به الى خارج المنزل ، واذا نقل المسروق الى ساحة المنزل

---

(١) جاء فى المهذب - ج ٢ ص ٣٧٩ . ٣٨٠ ان دخل الحرز وأخذ جوهرة فابتلعها وخرج ففيه وجهان : أحدهما انه استهلكها فى الحرز ولهذا يجب عليه قيمتها فلم يقطع كما لو أخذ طعاما فأكله . والثانى أنه يقطع لأنه أخرجه من الحرز فى وعاء فأشبه اذا جعلها فى جيبه ثم خرج .

فلا يعتبر الأخذ من الحرز تاما لأن المنزل كله حرز واحد . أما اذا كان المبنى مكونا من مساكن مختلفة كل مسكن قائم بذاته والساحة مشتركة لجميع القاطنين فى مساكن المبنى فان نقل المسروق فى هذه الحالة الى الساحة يعتبر سرقة لأن كل مسكن من هذه المساكن يعتبر حرزا على حدة والاخراج منه الى الساحة يعتبر اخراجا من الحرز .

ويرى الحنفية أن حيازة الشىء المسروق لا تنتقل الى الجانى لمجرد اخراجه من حرزه وحيازة صاحبه ، بل يجب ليتحقق ذلك أن يضع يده الفعلية عليه بعد اخراجه فاذا القى به فى الخارج وفقده كان فعله تضييعا للمال لأن يده لم تثبت عليه وقت الخروج .

واذا نقب اللص البيت فدخل وأخذ المال وناوله اخر خارج البيت فلا قطع عليهما عند ابى حنيفة لأن الأول لم يباشر الاخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه ، والثانى لم يهتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد منهما (١) .

وعند ابى يوسف أن اخرج الداخل يده وناول من بالخارج المسروق فالقطع على الداخل ، وان أدخل من بالخارج يده فتناول المسروق من يد من بالداخل فعليهما القطع ، ويقطع من بالداخل لأنه دخل الحرز وأخرج المال منه بنفسه وكونه لم يخرج المال معه لا اثر له فى ثبوت الشبهة فى السرقة واخراج المال ، وان السرقة تتم بفعلهما معا اذا ادخل من كان بالخارج يده فاخذ المسروق لأنه يكون بذلك قد اخرج المال من حرزه .

---

(١) فتح القدير جـ ٤ ص ٢٤٣ .

وأما مالك فيرى القطع اذا تمت السرقة بتعاونهما (١) .

اذا ألقى السارق المسروق من داخل المنزل الى الطريق وخرج فأخذه قطع لأن الرمى حيلة يلجأ اليها السراق لتعذر الخروج بالمسروق احيانا، وليتفرغ الجانى لمقاومة صاحب الدار اذا بداله الدفاع عن ماله ، أما اذا ضبط السارق قبل خروجه لأخذ المسروق الذى ألقى به فلا يكون المسروق دخل حيازته ولا يقطع (٢) .

وقال زفر : ان الالقاء غير موجب للقطع لأن الأخذ من الحرز لايتم الا بالاخراج منه والرمى ليس باخراج ، وان الأخذ من الخارج ليس أخذا من الحرز (٣) .

واذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الأخذ قطعوا جميعا عند الحنفية وهذا استحسان لأن الجريمة تتم بمعاونتهم ولأن المعتاد فيما بين السراق أن يحمل البعض المسروق عند أخذه وباقى الجناة يرافقونهم لشد أزرهم ، والقياس ان يقطع الحامل وحده ، وهو قول زفر لأنه باشر الاخراج الذى تتم به السرقة منفردا (٤) .

---

(١) فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٣ ، أخذ القانون الليبى رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٢ بهذا الرأى فنص فى المادة ٨/٢ منه على تطبيق حد السرقة اذا تعدد الجناة ولم يبلغ ما أصاب كل واحد منهم نصابا ما لم يكن المسروق نصابا لا تتم سرقته الا بتعاونهم جميعا .

(٢) ، (٣) ، (٤) فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٤ .

واذا كان الحرز حرزا بالحافظ فانه يكفى لاعتبار السرقة تامة ان يفصل المسروق عن مكانه أو ينفصل به عن الحارس وذلك لزوال يــــد المالك بمجرد الأخذ فتتم السرقة . فالنشال يعتبر اخذه تاما بمجـــرد اخذه النقود من جيب المجنى عليه لأن المال محرز بصاحبه .

واستنادا الى اشتراط الحرز لوجوب القطع فى السرقة ثار الخلاف بين الفقهاء عند التطبيق فى مدى توافر شرط الحــرز بالنســبة لبعض السرقات نورد اهمها فيما يلى :

ســرقة الحــرز :

يرى أبو حنيفة أن سارق الحرز بالمكان أو جزء منه لا يقطع ، لأن السرقة التى توجب القطع عنده تقتضى الاخراج من الحرز ، وان الحرز ذاته ليس فى حرز فلا يتوافر الاخراج ، فمن سرق باب الدار أو فسطاطا مضروبا وهو حرز بنفسه عند أبى حنيفة لا يقطع لأنه سرق نفس الحرز أو جزء منه ولم يسرق من حرز (١) .

ويرى مالك والشافعى واحمد القطع فى سـرقة الحرز لأن الحرز محرز باقامته فبــاب الدار محرز بتثبيتـــه فى بناء الدار والفسـطاط محرز باقامته (٢) .

---

(١) فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٦ .

(٢) حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٢٤١ - المهــذب ج ٢ ص ٢٧٨ - المغنى ج ١٠ ص ٣٥٥ .

السرقة من مكان ماذون بالدخول فيــه :

يختل الحرز بالاذن بدخوله وقد يكون الاذن صريحا ، وقد يكون ضمنيا ، والاذن الصريح يكــون اذا ســمح صاحب المكان او من يقوم مقامه للجانى بدخوله كما فى حالة الخادم والضيف والأجير فلا يتوافر شرط الحرز اذا سرق الخادم من منزل مخـدومه والضـيف من منـزل مضيفه ولا الأجير من المكان الماذون بدخوله ويكون فعلهم خيانة لاسرقة

ويكون الاذن ضمنيا اذا كان للجانى حق الانتفـاع به كالمســتاجر والمرتهن والمستعير ، فاذا سرق المستاجر مالا للمؤجر من المـكان المؤجر أو سرق الدائن المرتهن مالا للمدين من العين المرهونة أو سرق المسـتعير مالا للمعير من المكان المعار ، فلا يقام الحد على أحدهم لأن لهم حــق الانتفاع بالحرز واستعمال هذا الحق يقتضى دخول الحرز ٠

وأما اذا كان حق الانتفاع بالحرز لغير مالكه ، فيرى أبو حنيفـة ومالك والشافعى وأحمد أن المالك لا يعتبر ماذونا له بدخوله ، وبناء على ذلك يقطع اذا سرق مالا للمنتفع من الحرز ، فالمؤجر اذا ســـرق مالا للمستاجر من العين المؤجرة والمدين اذا سرق مالا للمرتهن من العيــن المرهونة يقطع كل منهما ٠

ويرى أبو يوسف ومحمد عدم القطع تاسيسا على أن الحرز مــلك السارق فهناك شبهة فى اباحة الدخول والشبهة تدرأ الحد ٠

ويعتبر المالك للحرز ماذونا بدخوله اذا كان مغصــوبا منه ، فاذا سرق المالك للعين المغصوبة مالا للغاصب من هذه العين فلا تعتبر السرقة

من حرز لأن الغصب لم يسلب المالك حقه فى ملكية الحرز . وكذلك لو كانت الدار مستأجرة أو مرتهنة أو معارة فإنتهت الاجارة أو الرهن أو العارية ورفض المنتفع رد الدار أو اهمل الرد مع تمكنه من ذلك ففى هذه الحالة يكون المنتفع فى حكم الغاصب (١) .

ويرى أبو حنيفة : انه لاقطع فى السرقة من مكان اذن الدخول فيه للناس كالحمامات والحوانيت والحانات اذا وقعت السرقة فى وقت ماذون فيه بالدخول . فاذا وقعت السرقة فى وقت غير ماذون فيه بالدخول يقطع السارق لانتفاء الاذن بالدخول ، وفرق أبو حنيفة بين المسجد والحمام والبيت ، وذلك لأن المسجد لم يبن للاحراز أصلا بينما الحمام والبيت بنيا للاحراز ، وبناء على ذلك من سرق من مكان ماذون بالدخول فيه كالحمام والبيت مع وجود حافظ لا يقطع لأن الحرز بالمكان والحرز بالحافظ معتبر بنفسه فلا يشترط وجود حافظ فى الحرز بنفسه لصيرورته حرزا ولو وجد فلا عبرة لوجوده . وبناء على ذلك فمن يسرق باب المسجد أو حصره مثلا لا يقطع الا اذا كان هناك حافظ ، وكذلك اذا ترك احد المصلين أمتعته دون ملاحظة داخل المسجد فسرقت ، اما اذا كان يلاحظها فيقام الحد على السارق لأن السرقة تكون قد تمت من حرز بالحافظ (٢) ويرى مالك ان بناء المسجد يعتبر حرزا فى ذاته فمن سرق بابه أو قناديله أو حصره يكون قد سرق من حرز بنفسه . أما الاشياء التى لا تعتبر من أدواته كملابس وأمتعة المصلين فان سرقتها لا يقطع فيها لأن المسجد لم يعد لحفظه المال ، واذا كان يحرس المتاع حافظ قطع السارق لانه يكون قد سرق من حرز بالحافظ (٣) .

---

(١) التشريع الجنائى الاسلامى . للاستاذ عبد القادر عودة ج ٢ ص ٢٥ .

(٢) فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٢ .

(٣) حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٢٤٠ .

ويرى الشافعى القطع فى باب المسجد . ولا يرى القطع فى سرقة قناديل المسجد وحصره اذا سرقها مسلم لأنها وضعت لمنفعة المسلمين وللسارق فيها حق وان سرقها ذمى قطع لأنه لا حق له فيها (١) .

ويرى مالك والشافعى أن من سرق من مكان ماذون بالدخول فيه ليس به حافظ لا يقطع ويقطع ان كان بالمكان حافظ ، لأنه اذا لم يعتبر الحرز بالمكان لاختلاله بالاذن بالدخول فانه يعتبر حرزا بالحافظ .

كما يرى الشافعى انه اذا دخل السارق المكان الماذون فيه بالدخول للشراء بقصد السرقة لا للشراء فانه يقام عليه الحد لأن المال محرز بالنسبة له ، اذ الاذن بالدخول قاصر على من دخل بقصد الشراء (٢) .

السرقة بين الأقارب والزوجين :

عند ابى حنيفة : اذا سرق شخص من أبويه وان عليا أو من ولده وان سفل او من ذى رحم محرم ، كالأخ والأخت والعم والخال والعمة فلا يقطع لأنهم يدخل بعضهم على البعض لوجود اذن ضمنى بالدخول فيختل الحرز ، فضلا عن أن اقامة الحد تفضى الى قطع الرحم وذلك حرام وما يفضى الى حرام حرام .

---

(١) جاء فى المهذب ج ٢ ص ٢٨١ : وان سرق رتاج الكعبة أو باب المسجد أو تازيره قطع لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قطع سارقا سرق قبطية من منبر رسول الله ﷺ ولأنه مال محرز مثله لاشبهة له فيه وان سرق مسلم من قناديل المسجد أو حصره لم يقطع لانه جعل ذلك لمنفعة المسلمين وللسارق فيها حق وان سرقة ذمى قطع لأنه لاحق له فيها .

(٢) التعزير فى الشريعة الاسلامية ـ الدكتور عبد العزيز عامر ص ١٨٦ .

ولو سرق من بيت ذى الرحم المحرم متاع غيره لا يقطع . ولو سرق مال ذى الرحم المحرم من بيت غيره بقطع اعتبارا لتوافر الحرز وعدمه ، فسرقة مال الغير من بيت ذى الرحم المحرم سرقة من غير حرز وسرقة مال ذى الرحم المحرم من بيت سرفة من حرز فيقطع .

واذا سرق أحد الزوجين من مال الاخر فلا يقطع لوجود الاذن فى الدخول عادة فيختل الحرز .

وأما من سرق من ذى رحم غير محرم فيقطع لأنهم لا يدخل بعضهم على بعض عادة دون استئذان ، فبنتفى بذلك قيام الاذن الصريح أو الضمنى بالدخول الذى يبطل الحرز (١) .

ويرى مالك عدم القطع فى سرقة الأصول من الفروع ويوجبه فى سرقة الفروع من الاصول ، فلا يعفى مالك من اقامة الحد للقرابة الا الأصول استنادا الى حديث رسول الله ﷺ « أنت ومالك لأبيك » (٢) .

ويرى مالك القطع فى سرقة أحد الزوجين من الآخر اذا كان المسروق فى مكان منع السارق من دخوله أى محرز فى مكان مغلق لا يسمح له بدخوله ، ولو سرق من مكان غير ممنوع من دخوله فلا يقطع لأنه خائن لا سارق (٣) .

---

(١) فتح القدير ج ٤ ص ٢٣٩ .
(٢) حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٣٣٧ .
(٣) حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٣٤٠ .

وأما الشافعى وأحمد فعندهما أن الوالد لا يقطع بسرقة مال ولده ، لقول النبى ﷺ « أنت ومالك لأبيك » وقوله صلى الله عليه وسلم « أن أطيب ما أكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه » ولا يقطع الابن عندهما بسرقة مال والده وان علا لأن النفقة تجب فى مال الأب لابنه حفظا له فلا يجوز اتلافه حفظا للمال ، أما سائر الأقارب من غير هؤلاء فيقام عليهم الحد ان سرقوا سواء أكانوا من ذوى الأرحام المحرمين أم لا لعدم توافر الشبهة فى المال (١) .

وللشافعى ثلاثة أقوال فى سرقة أحد الزوجين من الآخر : أحدهما أنه يقطع لأن النكاح عقد على المنفعة فلا يسقط القطع فى السرقة كالاجارة والثانى لا يقطع لأن الزوجة تستحق النفقة على الزوج ، والزوج يملك أن يحجر عليها ويمنعها من التصرف على قول بعض الفقهاء فصار ذلك شبهة ، والثالث يقطع الزوج بسرقة مال الزوجة ولا تقطع الزوجة بسرقة مال الزوج ، لأن للزوجة حقا فى مال الزوج بالنفقة وليس للزوج حقا فى مالها (٢) .

---

(١) المهذب ج ٢ ص ٢٨١ وفتح القدير ج ٤ ص ٢٣٨ و ٢٣٩ .

(٢) المهذب ج ٢ ص ٢٨١ و ٢٨٢ .

أخذ القانون الليبى رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٢ برأى أبى حنيفة فنص فى المادة ٢٣ منه على ألا يطبق حد السرقة اذا حصلت السرقة بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين المحارم ، كما أخذ المشروع الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل بجمهورية مصر بهذا الرأى فنص على ذلك فى المادة ٢/٤ من المشروع كما أخذت بهذا الرأى المادة ١٢٨/ج من مشروع مدونة قانون العقوبات الكويتى .

ويرى الظاهريون قطع الأصول اذا سرقوا من الفروع وقطع الفروع اذا سرقوا من الأصول ويرون أن حديث « أنت ومالك لأبيك » منسوخ بآيات المواريث ، وكذلك يقطع كل واحد من الزوجين اذا سرق مال الآخر مالم يبح له أخذه سواء كان المال محرزا عنه أو غير محرز لأنهم لا يرون اشتراط الحرز ، أما اذا كان المال المأخوذ مباحا أخذه كنفقة الزوجة فلا قطع فيه (١) .

سرقة الطرار (النشال) :

الأصل عند الفقهاء أن الانسان يعتبر حرزا لكل ما يلبسه أو يحمله من نقود وأشياء اذ تعتبر هذه الأشياء محرزة بحافظ هو الانسان .

ويرى مالك والشافعى واحمد وابو يوسف قطع الطرار الذى يأخذ المال خفية سواء كان الأخذ بقطع مكان المال من الخارج أو بادخال يده الى موضع حفظ المال واخراجه والاستيلاء عليه لتوافر شرط الحرز فى الحالتين عندهم .

وعند أبى حنيفة أنه اذا كان الأخذ بقطع الحرز الذى يحتوى على المال من الخارج فلا قطع عنده . أما اذا أدخل السارق يده وأخذ المسروق من الحرز فانه يقطع ، ومرد هذه التفرقة عند أبى حنيفة الى نظريته فى هتك الحرز واشتراطه الهتك الكامل للحرز لتوافر شرط الأخذ منه (٢) .

---

(١) المحلى ج ١١ ص ٣٤٣ - ٣٥٠ .
(٢) حاشية رد المحتار على الدر المختار ج ٤ ص ١٠١ . فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٦ .

سرقة النباش :

النباش هو الذى يسرق أكفان الموتى بعد الدفن .

ويرى أبو حنيفة ومحمد عدم اقامة حد السرقة على النبـــاش ، استنادا الى عدم احراز الأكفان ، ولقيام شبهة فى الملك لأن الأكفان ليست للميت حقيقة ولا للوارث لتقدم حاجة الميت لانه لا يملك من التركة الا ما يفضل عن حاجة الميت ، كما استندا الى ما روى عن رسـول الله ﷺ انه قال « لا قطع على المختفى » ، وهو النباش بلغة أهل المدينة .

وقال الأئمة الثلاثة وابو يوسف باقامة الحد على النباش لحـــديث النبى ﷺ « ومن نبش قطعناه » ولأنه مال متقوم محرز بحرز مثله ، وأما أنه مال متقوم فلا شبهة فيه ، لأن الباس الثوب للميت لا يخـــرجه عن التقوم ، أما الحرز فلأن القبر حرز للميت وثيابه تبع له فتكون حرزا لهـــا أيضا (١) .

سرقة الماشية من المرعى والسرقة من القطار :

لا يقطع عند أبى حنيفة فى سرقة الماشية من المرعى ، وان كان الراعى معها لأن وجود الراعى معها لا يقصد به الحفظ بل مجرد الرعى، أما اخراج الأغنام من حظيرة لها باب معلق ففيه القطع لأنهـــا بنيت لحفظهـــا .

---

(١) فتح القدير ج ٤ ص ٢٣٤ ـ اخذ القانون الليبى رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٢ ومشروع حد السرقة الذى وضعته اللجنة المشكلة بوزارة العدل بمصر ومشروع مدونة قانون العقوبات الكويتى بالرأى الـــذى قال به الائمة الثلاثة وابو يوسف فلم تنص على عدم القطع فى هذه الحالة .

وعند الأئمة الثلاثة اذا كان مع الماشية راعى يراها فانهـا تكون محرزة بالحافظ ويقطع فى سرقتها ، أما ان كانت غائبـة عن نظره أو كان نائما أو مشغولا عنها فلا تكون محرزة ٠

ويرى أبو حنيفة انه اذا سرق شخص من القطار (١) بعيرا أو حملا لا يقطع لأنه ليس بحرز مقصود ، لأن السائق والراكب والقائد انمـا يقصدون قطع المسافة ونقل الأمتعة دون الحفظ ٠

وعند الأئمة الثلاثة كل من الراكب والسائق حافظ حرز فيقطع فى أخذ الجمل والحمل ٠

---

(١) القطار بكسر القاف : الابل بشد زمام بعضها خلف بعض على نسق واحد والجمع قطر ٠ ومنه جاء القوم متقاطرين اذا جاء بعضهم اثر بعض ـ فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٦ ٠

الركن الرابـــع

أن تبلغ قيمة المال نصابا معينا

يرى الحسن البصرى وداود والخوارج وجوب القطع فى سرقة القليل والكثير ، وحجتهم فى ذلك اطلاق قوله تعالى : (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله) .

وقوله عليه الصلاة والسلام « لعن الســـارق يسرق الحبل فتقطع يده ، ويسرق البيضة فتقطع يده » .

ويرى جمهور الفقهاء انه لاقامة حد السرقة يجب توافر النصاب ، وان اطلاق الآية مقيد بحديث النبى ﷺ فقد روى عن عائشة رضى الله عنها أن النبى ﷺ قطع فى ثمن مجن (١) وقدرت عائشة قيمة المجن بربع دينار ، ويرون أن الحديث المنسوب الى رسول الله الذى استند اليـــه أصحاب الرأى الآخر فى عدم اشتراط النصـاب انما قصد به تحقير شأن السارق والتنفير من السرقة .

واختلف جمهور الفقهاء فى تحديد مقدار هذا النصاب ، ومرد ذلك الى اختلاف الصحابة فى تقدير قيمة المجن الذى قطع فيه رســـول الله صلى الله عليه وسلم .

---

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ج ٦ ص ١٦١ .
والمجن : ما يتقى به المقاتل ضربات العدو حتى لا يصل السيف الى مقتل له .

والنصاب مقدر عند الحنفية بعشرة دراهم · وحجتهم حديث ابن عباس قال : قوم المجن الذى قطع فيه النبى ﷺ بعشرة دراهم ، ورواه عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال : كان ثمن المجن يومئذ عشرة دراهم (١) ·

وقدر الشافعى النصاب بربع دينار او ما قيمته ربع دينار ذهبا · سواء كان قيمته ثلاثة دراهم ام اكثر ام اقل منها ، فاذا كانت السرقة من غير الذهب قومت بالذهب ، واستند الشافعى فى تقديره هذا النصاب الى ما روى عن النبى ﷺ انه قال : « لا تقطع يد السارق الا فى ربع دينار فصاعدا » ·

والنصاب عند مالك مقدر بربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الفضة أو ما قيمته ثلاثة دراهم اذا كان المسروق من غير الذهب أو الفضة

وعند الحنابلة : النصاب مقدر بربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الفضة أو ما قيمته ثلاثة دراهم ·

وقال أنس بن مالك : قطع أبو بكر رحمه الله فى مجن قيمته خمسة دراهم (٢) ·

وقدر ابراهيم النخعى النصاب باربعين درهما من الفضة أو اربعة دنانير من الذهب استنادا الى ما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت :

---

(١) ، (٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ج ٦ - ص ١٦١ ·

« كانت اليد لا تقطع فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الشىء التافه فكانت تقطع فى ثمن المجن وهو يومئذ كان ذا ثمن » مما يدل على أنه كان مالا خطيرا له قيمة كبيرة ، وهذه القيمة تعادل قيمة سبعة عشر جراما من الذهب الخالص بالعملة المحلية (١) .

النصاب فى حالة تعدد الجناة :

اذا تعدد السراق ولم يبلغ نصيب كل واحد منهم فى المال المسروق نصابا ، فقد اختلف الفقهاء بالنسبة لتوافر النصاب :

فيرى مالك انه اذا كان المسروق لا يمكن اخراجه الا بتعاونهم جميعا قطعوا جميعا والا فلا قطع على واحد منهم ، لان الاشتراك لا يظهر اثره الا اذا كان الواحد منهم لا يستطيع أن يستقل باخراج المسروق ، اما اذا كان فى مكنة اى واحد من المجرمين ان يستقل باخراج المسروق فالتعاون بينهم يكون مفقودا وغير ذى اثر واستقلال كل واحد عن الآخر قائم ، لذلك فلا يقام الحد اذا لم يصب كل واحد منهم نصابا (٢) .

---

(١) نظام التحريم والعقاب فى الاسلام ، للاستاذ على منصور ص ٣١٩ .

اخذ المشرع الليبى بالرأى الذى قال به ابراهيم النخعى لانه أكثر الآراء تيسيرا ، فاشترط فى المادة ٣/١ من القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٢ لاقامة حد السرقة الا تقل قيمة المال المسروق على عشرة دينارات ليبية وقت حدوث السرقة .

واخذ المشروع الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل فى جمهورية مصر بهذا الرأى فنص المشروع فى المادة ١/ج منه على اشتراط الا تقل قيمة المال المسروق عن خمسة وخمسين جنيها وقت السرقة وهو قيمة ١٧ جراما من الذهب الخالص وقت وضع المشروع .

(٢) حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٢٣٤ و ٢٣٥ .

وقال ابو حنيفة والشافعى لا قطع على واحـد منهم الا بشرط ان تبلغ حصته فى المسروق نصاب السرقة لقوله ﷺ « لا تقطع يد السـارق الا فى ربع دينار فصاعدا » وكل واحد من هؤلاء لم يسرق نصابا فـلا قطع عليهم (١) .

ومن الفقهاء من يرى قطعهم جميعا اذا بلغت قيمة المسروق نصابا ولو لم يبلغ نصيب كل واحد فى المسروق نصاب السرقة ، استنادا الى ان الاشتراك فى الجناية لا يسقط عقوبتها .

النصاب فى حالة تعدد السرقات :

اذا سرق الجانى نصاب السرقة على عدة مرات بحيث كانت قيمة المسروق فى كل مرة اقل من النصاب فلا يقطع ، وكذلك لا يقطع اذا سرق نصابا من مكانين مختلفين لأن ذلك يعتبر سرقتين أو اكثر لا سرقة واحدة . ولا يتوافر فى أى سرقة منها نصاب القطع (٢) .

أما اذا سرق شخص نصابا يملكه عدة اشخاص مرة واحدة فان ذلك يعد سرقة واحدة بغض النظر عن تعدد المجنى عليهم ويقطع فيها (٣) .

تقدير قيمة النصاب :

عند المالكية والشافعية والحنابلة العبرة بقيمة المسروق وقت السرقة

---

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ج ٦ ص ١٦٣ .
(٢) فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٣ .
(٣) حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٣٣٥ .

اى وقت اخراجه من الحرز ، واذا نقصت قيمة المسروق بهلاك بعضه فى يد السارق بعد الخروج به من الحرز فالعبرة بقيمته وقت السرقة . ويعتد بقيمة المسروق فى مكان السرقة (١) .

ويتفق الحنفية مع الأئمة الثلاثة فى انه اذا نقصت قيمة المسروق بهلاك بعضه فى يد السارق بعد الخروج من الحرز فالعبرة بقيمته وقت السرقة ، أما اذا كان سبب النقص فى القيمة نزول السعر . فقد رأى بعض الحنفية اعتبار القيمة وقت الحكم ولا يعتد بالزيادة ، وحجتهم فى ذلك ان النصاب شرط فيتعين توافره حتى يوم القطع ، ويرى البعض اعتبار القيمة وقت تمام السرقة وهو وقت الاخراج من الحرز . كما اختلفوا فى مذهب الحنفية اذا كانت السرقة فى بلد وضبطت الاشياء المسروقة فى بلد آخر ، فيرى البعض الاعتداد بقيمة المسروق فى محل ضبطه ويرى البعض الاخر تقييم المسروق فى مكان السرقة .

واذا اختلف فى تقويم المسروق فقال البعض : ان قيمته تبلغ النصاب . بينما قومه البعض بما دون النصاب ، فعند أبى حنيفة يدرأ الحد ، وذلك استنادا الى ما فعله عمر حين قضى باقامة الحد على السارق فقال عثمان رضى الله عنه : ان المسروق لا يبلغ نصابا ، فدرأ عنه الحد .

ويرى مالك انه اذا شهد عدلان بأن قيمة المسروق تبلغ النصاب اخذ بشهادتهما ولو ناهضتها شهادات اخرى لان المثبت مقدم على النافى (٢)

ويرى الشافعى انه اذا قامت شهادة المقومين الذين يقدرون قيمة المسروق بالاكثر على اساس القطع اخذ بهذه الشهادة ، وان قامت على اساس الظن اخذ بالتقويم الاقل لتعارض البينات (٣) .

---

(١) ، (٢) حاشية الدسوقى ج ٤ - ص ٣٣٤ .
(٣) التشريع الجنائى الاسلامى - للاستاذ عبد القادر عوده ج ٢ ص ٥٨٦ .

الركن الخامس

توافر القصد الجنائى

السرقة من الجرائم العمدية فهى تتطلب توافر القصد الجنـائى لدى مرتكب الفعل ، ويتوافر هذا القصد بقيام العلم لدى الجانى وقت ارتكاب الجريمة بانه ياخذ مالا مملوكا للغير دون علم المجنى عليـــه ، ودون رضاه بنية تملكه لنفسه وان هذا الفعل محرم .

وبناء على ذلك ينتفى القصد الجنائى فى جريمة السرقة بالنسـبة لمن يستولى على مال الغير بقصد الانتفاع المؤقت او الاطلاع عليه أو بقصد الدعابة مع نية رده ، أو لمن يستولى على مال المجنى عليه ، ويقـــوم باتلافه قبل الخروج به من الحرز اضرارا به . وذلك لعدم توافر قصـــد الأخذ بنية التملك .

ولا يتوافر هذا القصد بالنسبة للمالك الذى ياخذ شيئا مملوكا له ، فلا يعد سارقا المؤجر أو المعير أو المودع الذى ياخذ المنقول المملـــوك له الذى أجره أو اعاره للغير أو أودعه لديه ، كما لا يتوافر هذا القصد اذا كان يعتقد لأسـباب جدية انه ياخذ مالا مملوكا له او اذا كان يعتقد انه ياخذ مالا مباحا أو متروكا وكان اعتقاده مبنيا على أسباب جدية مقبولة

ولا يشترط الشافعى وأحد الرأيين فى مذهب أبى حنيفة علـــم السارق بقيمة المسروق ، بل يكفى ان يقصد السرقة ويسرق نصابا ، فاذا سرق ثوبا لا تبلغ قيمته النصاب وكان بجيبه نقودا أو أشياء تبلغ نصابا قطـــع .

اما الرأى الاخر فى مذهب أبى حنيفة فيستلزم علم السارق بحقيقة قيمة المسروق ، ففى المثل السابق اذا لم يكن يعلم بوجود النقود او الاشياء فى جيب الثوب لا يقطع ، واذا كان يعلم بوجودها قطع (١) .

ويشترط أحمد لوجوب القطع العلم بقيمة المسروق .

وعند مالك يؤخذ الجانى بقصد السرقة ولا يعتد بظنه أن قيمة المسروق يقل عن النصاب الا اذا أيده العرف فى ظنه .

---

(١) فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٩ و ٢٣٠ .

الخصومة فى السرقة

سماع الشهادة فى الفقه الاسلامى كما هو الشان فى كل وسائل الاثبات لابد أن تسبقها دعوى الا فى الحدود التى تكون خالصة لله تعالى، فان الشهادة تسمع فيها ولو لم تسبق بدعوى وتسمى هذه شهادة الحسبة، فالخصومة ليست بشرط فى الحدود الخالصة لله تعالى كحد الزنا وحد الشرب لأنها تقام حسبة فتسمع فيها الشهادة دون توقف ذلك على اقامة دعوى .

واما بالنسبة للسرقة فان للعبد حقا فيها فاشترط بعض الفقهاء وجود الخصومة فيها ، ومرد ذلك الى أنه لتوافر أركان السرقة يجب التحقق من كون المال مملوكا وكونه موجودا فى حرزه وكونه يبلغ نصابا وغير ذلك من شروط توافر أركان السرقة . ولا يتسنى التحقق من توافر هذه الأركان الا بقيام خصومة من المجنى عليه ، اذ قد يتبين القاضى لدى استيضاحه توافر أركان الجريمة عدم توافر ركن من أركان الجريمة او قيام شبهة تدرأ الحد .

وبناء على هذا النظر ، يرى أبو حنيفة لقبول الشهادة على السرقة الموجبة للقطع قيام الخصومة ممن له يد صحيحة على الشىء المسروق ، فللمالك والمودع والمستعير والمرتهن أن يخاصموا السارق ، وتعتبر الخصومة فى حق ثبوت حقهم فى استرداد الشىء المسروق وفى حق القطع اذ يقطع السارق بخصومتهم .

والسارق عند أبى حنيفة لا يملك الخصومة اذا سرق الشىء منه ، لأن يده ليست صحيحة على الشىء المسروق فلا هى يد ضمان ولا أمانة

ولا يد ملك ، وليس للمالك ولاية الخصومة فى هذه الحالة لأن الآخذ لم يخرج الملك من حيازته فكان المسروق مالا غير معصوم فلا قطع فيه (١).

واشترط أبو حنيفة المخاصمة عند الاثبات بالبينة ، وفى حالة اقرار الجـــانى .

ويرى أبو يوسف أنه لا يشترط المخاصمة فى حالة الاقرار كما هو الحال بالنسبة للثبوت بالبينة ، وذلك لأن المقر لا يتهم فى الاقرار على نفســـه .

ولا يشترط مالك المخاصمة والمطالبة للقطع . ويرى قطع الســـارق من السارق لأنها سرقة من حرز لا شبهة فيه (٢) .

ويرى الشافعى أن الخصومة فى حق القطع لا تكون الا من المالك ، ولا يقطع السارق من السارق فى قول له ، وفى قول آخر يقطع لأنه سرق نصابا من حرز لا شبهة فيه (٣).

وفى مذهب أحمد رايان : أحدهما كمذهب مالك والثانى كمذهب الشافعى فى قصره حق المخاصمة على المالك . ولكنه لا يقطع السارق من الســـارق .

---

(١) ، (٢) ، (٣) فتح القدير ج ٤ ص ٢٥٥ .

الاثبـات

اخذت الشريعة الاسلامية فى اثبات جرائم الحدود بنظام الدليـل المحدد ولم تترك الأمر فى اثبات الحدود لتقدير القاضى ، والأصل ان جرائم الحدود تثبت بدليلين هما : الاقرار والشهادة ٠

ونوجز فيما يلى الشروط العامة للاقرار والشهادة ثم نبين الأحكام الخاصة بهذين الدليلين فى حد السرقة ٠

الشروط العامة فى الاقرار :

الاقرار اخبار عما قر وثبت وتقدم ، ومعناه اعتراف مكلف مختار ما عليه لفظا ٠ وهو ثابت بالاجماع لقوله تعالى : « وآخرون اعتـــرفوا بذنوبهم » ورجم النبى ﷺ ما عزا والغامدية باقرارهما ، ولأنه اخبـار على وجه تنتفى فيه التهمة والريبة ولذلك كان احد من الشهادة (١) ٠

ويجب للتعويل على الاقرار كدليل مقبول للاثبات ان يكون واضحا يبين حقيقة المقصود لا يكتنفة الغموض واللبس وان يكون منصـــبا على الجريمة بأركانها ، والا يكون المقر متهما ى اقراره ٠

ولا يصح الاقرار الا من بالغ عاقل مختار أما الصبى والمجنون فـلا

---

(١) كشاف القناع ج ٦ ص ٤٥٢ وما بعدها ـ المهذب ج ٢ ص٣٤٣

يصح اقرارهما لقوله عليه الصلاة والسلام : « رفع القلم عن ثلاثة ، عن الصبى حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق » ، وأما المكره فلا يصح اقراره لقوله عليه السلام « رفع عن أمتى الخطـــأ والنسيان وما استكرهوا عليه » . ولأنه قول اكره عليه بغير حق فلا يصح

وقد اختلف الفقهاء فى اشتراط التعدد فى الاقرار ، فجمهور الفقهاء ومنهم أبو حنيفة والشافعى ومالك يرون أنه يكفى الاقرار مرة واحدة . بينما ذهب آخرون ومنهم احمد وابو يوسف الى أنه يجب ان يـــكون الاقرار مرتين اعتبارا بالشهادة .

كما ثار الخلاف بين الفقهاء فى جواز رجوع المقر عن اقراره ،ويرى جمهور الفقهاء جواز رجوع المقر عن اقراره فيسقط الحد اذا لم يكن ثابتا الا بالاقرار ، ويرى مالك أنه يجب أن يكون الرجوع فى هذه الحـــالة بمسوغ مقبول (١) .

وقال بعض الفقهاء ، أبو ثور ، انه لا يقبل الرجوع لأنه حق ثبت بالاقرار فلا يسقط بالرجوع (٢) .

أولا : الشروط العامة للشهادة :

يراد بالبينة فى هذا الخصوص . شهادة رجلين عدلين تتوافر فى كل منهما الشروط الاتية :.

---

(١) حاشية الدسوقى، جـ ٤ ص ٣٤٥ ـ وفتح القدير جـ ٤ ص٢٥٨.

(٢) المهذب ـ جـ ٢ ـ ص ٣٤٥ .

١ ـ التكليف :

بأن يكون الشاهد بالغا عاقلا لأن كلام الصبى والمجنون غير معتبر، ولذلك رفع القلم عنهما ، بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « رفع القلم عن ثلاثة : الصبى حتى يحتلم وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » .

ولقوله تعالى (واستشهدوا شاهدين من رجالكم ، فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) والصبى ليس من الرجال ولأن الصبى لا يؤتمن على حفظ أمواله فاولى الا يؤتمن على حفظ حقوق غيره ، واذا كانت شهادة الصبى لا تقبل فى الأموال فانه أولى الا تقبل فى الجرائم (١) .

ولا يكفى أن يكون الشاهد عاقلا وقت أداء الشهادة وانما يتعين أن يكون عاقلا كذلك وقت ارتكاب الجريمة . وتحمله بالشهادة لأن المجنون ليس أهلا لتحمل الشهادة .

أما البلوغ فالعبرة فيه بوقت أداء الشهادة لأن الصبى أهل لتحمل الشهادة فاذا اداها وقت بلوغه فانها تكون صحيحة (٢) .

٢ ـ الحفظ :

يشترط فى الشاهد أن يكون قادرا على فهم ماوقع بصره عليه مأمونا

---

(١) شرح فتح القدير ٤ ص ١٦٩ ـ المهذب ، ج ٢ ص ٣٢٤ .
(٢) حاشية الدسوقى ج ٤ ص ١٦٥ .

على ما يقول ، فان كان مغفلا لا تقبل شهادته ويلحق بذى الغفلة كثير الغلط والنسيان لأنه لا يؤمن أن يغلط فى شهادته (١) .

٣ - الكلام :

يشترط فى الشاهد أن يكون قادرا على الكلام ، وقد اختلف الفقهاء فى شهادة الأخرس .

فعند الحنفية : لا تقبل شهادة الأخرس سواء أكانت بالكتابة أم بالاشارة .

وعند المالكية : تقبل شهادته اذا فهمت اشارته .

وعند الحنابلة : لا تقبل شهادته ولو فهم المقصود من اشارته الا اذا كان يستطيع الكتابة فادى الشهادة بخطه .

وعند الشافعية : خلاف على قبول شهادة الأخرس ، فمن العلماء من قال بجوازها ، لأن اشارته كعبارة الناطق فى نكاحه وطلاقه .

ومنهم من قال لا تقبل لأن اشارته اقيمت مقام العبارة فى موضع الضرورة وهو النكاح والطلاق لأنها لا تستفاد الا من جهته ولا ضرورة الى شهادته لأنها تصح من غيره بالنطق فلا تجوز باشارته (٢) .

(١) المهذب جـ ٢ ص ٣٢٤ - كشاف القناع جـ ٦ ص ٤١٨ .
(٢) المهذب جـ ٢ ص ٣٢٤ .

٤ ـ الرؤية :

يشترط فى الشاهد أن يرى ما يشهد به ، فان كان الشاهد أعمى فقد اختلف فى قبول شهادته .

فعند الحنفية : لا تقبل شـهادة الأعمى لأنه لا يميز الا بالصـوت والنغمة ، وفى تمييزه شبهة ولما كانت الحدود تندرىء بالشبهات لذلك فلا تقبل شهادته ، وهم لا يقبلون شهادة من كان أعمى وقت أداء الشهادة، ولو كان مبصرا وقت تحمل الشهادة وعندهم أنه اذا عمى الشاهد بعـد أداء الشهادة ، وقبل القضاء فإنه لا يقضى بشهادته لأنهم يشترطون الأهلية فى للشاهد وقت القضاء للاعتداد بشهادته .

وعند المالكية : تقبل شهادة الأعمى فى الأقوال ولو كان تحملها بعد العمى مادام فطنا لا تشتبه عليه الأصوات أما شهادة الأعمى فى المرئيات فلا تقبل الا اذا كان قد تحملها مبصرا ثم عمى (١) .

وعند الشافعية : تقبل شهادة الأعمى عندهم فيما يثبت بالاستفاضة كالنسب والموت لأن العلم به بالسـماع ، والأعمى كالبصير فى السماع . ولا تقبل شهادة فى الأفعال التى يكون طـريق العـلم بهـا البصر كالقتل والغصب والزنا ، ولا يجوز أن يكون شاهدا على الأقوال كالبيع والاقرار والنكاح والطلاق اذا كان المشهود عليه خارجا عن يده لأن من شـروط الشهادة العلم وبالصوت لا يحصل له العلم بالمتكلم لأن الصوت يشـبه الصوت ، أما اذا جاء رجل وترك فمه على أذنه وطاق أو أقر ويد الأعمى

---

(١) مواهب الجليل جـ ٦ ص ١٥٤ ـ حاشية الدسوقى جـ٤ص١٦٧

على رأس الرجل فضبطه الى أن شهد بما سمعه منه قبلت شـهادته لأنه شهد عن علم ، واذا تحمل الشهادة على فعل أو قول وهو مبصر ثم عمى قبلت شهادته اذا كان المشهود عليه معروفا له بالاســـم أو النسب وكان المشهود عليه فى يده لم يفارقه حتى أداء الشهادة (١) .

عند الحنابلة : تقبـل شـهادة الأعمى كلما تيقن الصوت ، فتقبـل شهادته فى الأقوال ، وفى الأفعال تقبل شهادته فى كل ما تحمله قبـل العمى اذا تيقن من المشهود عليه فعرفه باسمه ونسبه (٢) .

عند الظاهريين : تقبل شهادة الأعمى مطلقا فى الأقوال والأفعال (٣)

٥ ـ العـــدالة :

لا خلاف بين الفقهاء فى اشتراط العدالة فى سائر الشـــهادات ، لقوله تعالى : (وأشهدوا ذوى عدل منكم) .

ولقوله عليه الصلاة والسلام : « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنـــة ولا ذوى غمر على أخيه ، ولا تجوز شهادة القانع لأهل البيت » (٤) .

والعدالة لها تفاسير عدة :

فعند الحنفية : هى الاستقامة فى أمر الاسلام واعتدال العقل ومعارضة

---

(١) المهذب ج ٣ ص ٣٣٥ و ٣٣٦ .
(٢) المغنى ج ١٢ ص ٦١ .
(٣) المحلى ج ٩ ص ٤٣٣ .
(٤) الغمر : الحقد والقانع التابع الذى ينفق عليه أهل البيت .

الهوى وليس لكمالها حد يدرك فيكتفى لقبولهـــا بأدنى حدودها وهو رجحان جهة الدين والعقل على الهوى والشهوة ، والعدل عندهم من يكون مجتنبا للكبائر غير مصر على الصغائر ، ومن يكون صلاحه اكثــر من فساده وصوابه اكثر من خطئه ومن تكون مروءته ظاهرة (١) .

وعند المالكية : هى المحافظة الدينية على اجتناب الكبائر وتوقى الصغائر وأداء الأمانة وحسن المعاملة (٢) .

وعند الشافعية : هى اجتناب الكبائر وعدم الاصرار على الصغائر (٣)

وعند الحنابلة : هى استواء احوال الشخص فى دينه واعتدال أقواله وافعاله ، وتتحقق فى الصلاح فى الدين بأداء الفرائض بسنتها واجتناب المحرم واستعمال المروءة وهو الاتيان بما يجمله ويزينه ، وترك ما يدنسه ويشينه (٤) .

وعند الحنفية : تفترض العدالة فى الشاهد حتى يقوم الدليل على عكسها وحجتهم فى ذلك ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « الناس عدول بعضهم على بعض الا محدودا فى قذف » وما جاء فى كتاب عمر رضى الله عنه الى أبى موسى « والمسلمون عدول بعضهم على

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٢٢٥ .
(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٠ .
(٣) المهذب : ج ٢ ص ٣٢٤ ، ٣٢٥ .
(٤) الاقناع : ج ٤ ص ٤١٨ و ٤١٩ .

بعض الا مجريا عليه شهادة زور او مجلودا فى حـــد او ظنينا فى ولاء او قرابة » .

واستثنى الحنفية من ذلك الشهادة فى الحدود فانه يسأل فيها عن الشهود وان لم يطعن عليهم الخصم لانه يحتــال لدرئها لذلك يشـــترط الاستقصاء فيها (١) .

ويرى الشافعى واحمد ان يتحرى القاضى على عدالة الشهود ولو لم يجرحهم المشهود عليه ، لان القضاء قائم على شهادة العدل فوجب ان يتاكد القاضى من عدالة الشاهد لقبول شهادته .

ويرى المالكية انه يكتفى بظاهر عدالة الشاهد ولا تسأل عنه المحكمة الا اذا طعن الخصم فى عدالته وذلك استنادا الى ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « الناس عــدول بعضهم على بعض الا محـــدودا فى قذف » (٢) .

٦ ـ الاســــلام :

يشترط فى الشهود أن يكونوا مسلمين فلا تقبل شهادة غير المسلمين، وهذا هو الاصل وقد استدل الفقهاء على ذلك : بقوله تعالى (واستشهدوا شاهدين من رجالكم) والخطاب موجه للمسلمين والكافر ليس من رجالهم

---

(١) فتح القدير ج ٤ ص ١١٦ .
(٢) حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٣١٩ .

وقوله نعالى : (واستشهدوا ذوى عدل منكم) وقوله تعالى (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) ..

وتقبل شهادة غير المسلم استثناء فى الاحوال الاتية :

(أ) عند الحنفية تقبل شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض ، لانهم من أهل الولاية على أنفسهم وأولادهم فتجوز شهادتهم بعضهم على بعض ولأن النبى صلى الله عليه وسلم رجم اليهوديين بشهادة أهل دينهما عليهما .

(ب) عند الحنابلة تقبل شهادة غير المسلمين فى الوصية حال السفر، اذا لم يوجد غيرهم لقوله تعالى : (يا ايها الذين امنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم ان أنتم ضربتم فى الأرض فأصابتكم مصيبة الموت) .

(ج) يرى ابن تيمية قبول شهادة غير المسلم على المسلم فى كل شىء عند الضرورة قياسا على قبول شهادتهم فى الوصية ، لأن شهادتهم فى الوصية للضرورة فتقبل فى كل ضرورة .

٧ ـ انتفاء موانع الشهادة :

يشترط فى الشاهد الا يقوم به مانع يمنع شرعا من قبول شهادته والموانع التى تمنع من قبول الشهادة هى :

(أ) القرابة : تمنع القرابة من قبول الشهادة على تفصيل فى ذلك عند الحنفية والشافعية والحنابلة ، ولا تمنع القرابة من قبول الشهادة عند الظاهريين مادام الشاهد عدلا .

(ب) العداوة : الرأى عند جمهور الفقهاء أن شهادة العدو على عدوه لا تقبل اذا كانت العداوة لأمر من أمور الدنيا كالأموال ونحوها ، أما اذا كانت غضبا لله لفسقه مثلا فانها لا تمنع من قبول الشهادة .

ويرى الظاهريون أن الحكم يتعلق بنفس الشاهد ، فاذا كانت عداوته للمشهود له تخرجه الى مالا يحل ترد شهادته ، واذا كانت العداوة لاتخرج الشاهد الى مالا يحل فهو عدل مقبول الشهادة ، ويستندون فى ذلك الى قول الله تعالى (ولا يجرمنكم شنآن قوم على الا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى) ويرون ان الله أمرنا بالعدل على اعدائنا فيصح للعدل أن يقضى على عدوه أو صديقه أولهما كما تصح شهادته لهما أو عليهما (١) .

(جـ) التهمة : وهى أن يكون بين الشاهد والمشهود له ما يبعث على انظن بأن الشاهد يحابى المشهود له بشهادته أو أن يكون للشاهد مصلحة تعود عليه من أداء الشهادة كشهادة الشريك لشريكه والأجير لمن يستأجره وشهادة الخادم لمخدومه ، والأصل فى عدم قبول الشهادة للتهمة قول الله تعالى (وادنى الا ترتابوا) وما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « لاتجوز شهادة ظنين » .

ويرى الظاهرون جواز الشهادة مع قيام التهمة مادام الشاهد عدلا (٢) .

---

(١) المحلى جـ ٩ ص ٤٢٠ .
(٢) المحلى جـ ٩ ص ٤١٢ .

الاثبات فى السرقه

تثبت السرقة التى توجب القطع بامرين :

١ـ الاقرار .

٢ ـ البينة .

الاقرار :

تثبت السرقة بالاقرار . اذ الاقرار حجة على المقر .

وقد اختلف فى عدد مرات الاقرار .

قال ابو حنيفة ومالك والشافعى ان الجريمة تثبت باقرار واحد ، لأن اعتبار العدد فى الشهادة لتقليل التهمة ولا تهمة فى الاقرار اذ لايتهم الانسان فى حق نفسه بما يضره ضررا بالغا وانه لا وجه لقياس الاقرار فى هذه الحالة على الاقرار بالزنا الذى اشترط فيه التعدد كما فى الشهادة به ، لأن تعدد الشهادة وتعدد الاقرار فى الزنا ثبت بالنص ابتداء لا بالقياس فلا يقاس عليه (١) .

وعند أبى يوسف يجب أن يكون الاقرار مرتين ، وذلك لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم ، فروى ابو داود عن أبى أمية المخزومى انه

---

(١) فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٤ .

عليه الصلاة والسلام أتى بلص قد اعترف ولم يوجد معه متاع فقال عليه السلام : « ما اخالك سرقت ؟ » فقال بلى يا رســـول الله فأعادها عليه الصلاة والسلام مرتين أو ثلاثا فأمر به فقطع فلم يقطعه الا بعد تكراره اقراره ، وأن اعتبار عدد الاقرار بالجريمة مساويا لعدد الشهود نظيـره إلحاق الاقرار فى حد الزنا فى العدد بالشهادة فيه .

وهو قول أحمد وابن أبى ليلى وزفر وابن شبرمة (١) .

وعند أبى حنيفة اذا رجع الجانى عن اقراره لم يقطع لأن العـدول شبهة فى صحة الاقرار ولا يسقط هذا العدول ضمان المسروق ، واذا كانت الجريمة ثابتة بشهادة الشهود قطع الجانى بناء على ثبوت الجريمـة بالبينة عند مالك وأحمد .

ويرى الشافعى سقوط القطع اذا ثبتت الجريمة أولا بالاقرار ثم ثبتت بالبينة بعد الرجوع عن الاقرار (٢) .

---

(١) فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٤ .

(٢) طبقا للمادة ١٠ من القانون الليبى رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٢ المعدل بالقانون رقم ٨ لسنة ١٩٧٥ فى شأن اقامة حدى السرقة والحرابة تثبت الجريمتان المشار اليهما باقرار الجانى مرة واحدة أمام السلطة القضائية أو بشهادة رجلين ولا يعد المجنى عليه شاهدا الا فى الحرابة اذا كان شاهدا لغيره ، واجازت المادة عدول الجانى عن اقراره الى ما قبـل صيرورة الحكم نهائيا ، وفى هذه الحالة يسقط الحد اذا لم يكن ثابتـا الا بالاقرار ، ولايخل سقوط الحد بمعاقبته تعزيريا ، ويراعى فى صحة الشهادة المشهور من أيسر المذاهب .

وتنص المادة ٩ من مشروع اقامة حد السرقة الذىأعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل بجمهورية مصر على ان تثبت السرقة المعاقب عليها حـدا فى مجلس القضاء باقرار الجانى مرة واحدة أو بشهادة رجلين ، ولايعد المجنى عليه شاهدا الا اذا شهد لغيره وتضمنت المادة ١٠ من المشروع =

البينــة :

يراد بالبينة شهادة رجلين عدلين ، ويتعين أن يكون الشهود عدولا وتتوافر فيهم الشروط التى نص عليها الفقهاء السالف بيانها (١) .

ويشترط ابو حنيفة عدم التقادم لقبول الشهادة ولقطع الســارق استنادا اليها ، والأصل عنده أن التقـــادم يبطل الشــهادة فى الحدود الخالصة ، اذ ان مضى زمن طويل دون التقدم للشهادة يثير التهمة والشك فى الشهادة وذلك بخلاف الاقرار لأن الانسان لا يقر على نفسه اقرارا غير صحيح ولم يذكر ابو حنيفة مدة للتقادم وترك تقدير ذلك لولى الأمر أو

= شروط الاقرار ، فنصت على أنه يشترط فى الاقــرار الذى تتبت به جريمة السرقة الحدية : (أ) أن يكون المقر بالغا عاقلا مختــارا وقت الاقرار غير متهم فى اقراره (ب) أن يكون الاقرار صريحا منصــبا على ارتكاب الجريمة ، وأجازت المادة ١١ عدول المقر عن اقراره الى ما قبل الحكم النهائى من محكمة الجنايات ، وفى هذه الحالة يسقط الحد اذا لم يكن ثابتا الا بالاقرار ، كما نصت المادة ١٢٩ من مشروع مدونة قانون العقوبات الكويتى على حكم مماثل لما تنص عليه المادة ٩ انفة الذكر .

(١) بينت المادة ١٢ من مشروع اقامة حد السرقة انفة الذكر شروط الشهادة التى تثبت بها جريمة السرقة الحدية ، فنصت على أنه يشــترط فى الشهادة التى تثبت بها جريمة السرقة الحدية : (أ) أن يكون الشاهد مسلما ، وتقبل شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض .

(ب) أن يكون بالغا ، عاقلا ، عدلا . ويفترض فى الشاهد العدالة مالم يثبت غير ذلك قبل اداء الشهادة . (حـ) أن يكون مبصرا عنــــد تحمل الشهادة وعند ادائها قادرا على التعبير قولا وكتــــابة . (د) أن يشهد بالمعاينة لا نقلا عن قول الغير .

(هـ) أن تكون شهادته صريحة فى الدلالة على وقوع الجريمــــة بالشروط المبينة فى المادة الاولى .

وتضمنت المادة ١٣١ من مشروع مدونة قانون العقوبات الـــكويتى شروط الشهادة فى حد السرقة وهى ذات الاحكام التى تضمنتها المــادة ١٢ انفة الذكر .

للقاضى فى ضوء ظروف كل عصر - وقال بعض الحنفية ان مدة التقادم تكون ستة أشهر (١) .

والتقادم لا اثر له على الشهادة والاقرار عند الأئمة الثلاثة مـادام القاضى مقتنعا بصحة الشهادة .

ويرى الأئمة الثلاثة وفى قول لأبى حنيفة أنه اذا تعدد الجناة وكان بعضهم غائبا وبعضهم حاضرا وثبتت السرقة عليهم جميعا بالبينة فيقطع الحاضر منهم اما الغائب فلا يقطع بهذه الشهادة بل يجب أن يعاد سماع البينة فى مواجهته أو تثبت عليه الجريمة بشهود اخرين .

وكان أبو حنيفة يقول أولا بعدم قطع الحاضر فى هذه الحالة لأنه ان حضر الغائب ربما يدعى شبهة والسرقة واحدة فتعمل الشـبهة فى حقهما معا فيندرىء بها الحد (٢) .

---

(١) فتح القدير ج ٤ ص ١٦٤ .
(٢) فتح القدير ج ٤ ص ٥٨ .

عقوبة جريمة السرقة

نص القرآن الكريم على عقوبة السرقة فقال تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاءا بما كسبا نكالا من الله) (١) .

يطلق فقهاء الشريعة على من يرتكب الأفعال التنفيذية للجريمة الشريك المباشر ، وعلى من يرتكب الأفعال المعاونة الشريك بالتسبب ، ويرى جمهور الفقهاء أن الحد لا يوقع الا على من باشر الفعل ، وذلك على خلاف ما تقضى به أحكام القانون الوضعى من التسوية فى التجريم والعقاب بين الفاعل الأصلى الذى باشر الجريمة وبين الشريك الذى

---

(١) جاء فى كشاف القناع ـ ج ٦ ص ١٤٦ : وفى قراءة ابن مسعود « فاقطعوا أيمانهما » وروى عن أبى بكر وعمر : أنهما قالا : « اذا سرق السارق فاقطعوا يمينه من الكوع » ولا مخالف لهما من الصحابة ، ولان البطش بها اقوى فكانت البداءة بها ، ولانها الة السرقة غالبا فناسب عقوبته باعدام آلتها .

تنص المادة ٢ من القانون الليبى رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن اقامة حدى السرقة والحرابة على أن يعاقب السارق حدا بقطع يده اليمنى ، وتنص المادة ١٣ من القانون المذكور على أنه اذا عاد الجانى الذى نفذ عليه الحد الى أى من جريمتى السرقة أو الحرابة المعاقب عليهما حدا بغير القتل يعاقب بالسجن .

وتنص المادة الثانية من المشروع الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل بجمهورية مصر على أن يعاقب السارق حدا بقطع يده اليمنى ، فاذا كانت مقطوعة قبل السرقة عوقب حدا بقطع رجله اليسرى فان كانت هذه مقطوعة قبل السرقة عوقب تعزيرا بالسجن لمدة لا تقل عن خمس سنوات ولا تزيد عن عشر سنوات .

وتنص المادة الثانية من مشروع مدونة قانون العقوبات الكويتى على أن يعاقب السارق بقطع يده اليمنى من مفصل الكعب فان كانت مقطوعة وقعت عليه الاحكام التعزيرية للسرقة .

شارك فى ارتكابها بالاتفاق أو التحريض أو المساعدة (١) .

وأما بالنسبة لعودة الجانى الى ارتكاب الجريمة الحدية بعد توقيع الحد عليه فانه من المقرر أنه لا يجوز تشديد العقوبة الحدية فى حالة العود ، لأن الحدود عقوبات مقدرة لا مجال للزيادة فيها أو النقص منها، ولذلك فلا يجوز تجاوزها والا كان القاضى قد تجاوز حدود الله ولاخلاف بين الفقهاء فى ذلك ، على عكس ما هو مقرر فى القوانين الوضعية من تشديد العقاب فى حالة العود لردع الجانى الذى لم تردعه العقوبة الأولى ، وانما ثار الخلاف بين فقهاء الشريعة فى امكان توقيع حد القطع فى الجريمة التالية التى يقارفها الجانى العائد بعد قطع يده اليمنى فى السرقة الأولى وعما اذا كانت تقطع باقى أطرافه أو تستبدل بعقوبة القطع عقوبة اخرى .

فعند مالك والشافعى تقطع اليد اليمنى فان عاد الى السرقة تقطع رجله اليسرى فان عاد الثالثة تقطع يده اليسرى فان عاد الرابعة تقطع رجله اليمنى ، ثم ان عاد بعد ذلك يعزر ويحبس حتى يموت أو تظهر

---

(١) تنص المادة ٤٠ من قانون العقوبات المصرى على أن يعد شريكا فى الجريمة .

(أولا) كل من حرض على ارتكاب الفعل المكون للجريمة اذا كان هذا الفعل قد وقع بناء على هذا التحريض (ثانيا) من اتفق مع غيره على ارتكاب الجريمة فوقعت بناء على هذا الاتفاق (ثالثا) من أعطى الفاعل أو الفاعلين سلاحا أو الات أو أى شىء اخر مما استعمل فى ارتكاب الجريمة مع علمه بها أو ساعدهم بأى طريقة أخرى فى الاعمال المجهزة أو المسهلة أو المتممة لارتكابها .

وتنص المادة ٤١ من القانون المذكور على أن « من اشترك فى جريمة فعلية عقوبتها الا ما استثنى قانونا بنص خاص » .

توبته وذلك استنادا الى حديث من رواية ابى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال (السارق ان سرق فاقطعوا يده ثم ان سرق فاقطعوا رجله ثم ان سرق فاقطعوا يده ثم ان سرق فاقطعوا رجله » (١) .

ويرى ابو حنيفة واحمد ان تقطع فى السرقة الأولى اليد اليمنى وتقطع فى السرقة الثانية الرجل اليسرى ، فان عاد السارق فلا قطع بعد ذلك ، وانما يعزر ويحبس حتى يموت أو تظهر توبته . ويستند هـذا الرأى أن قطع اليدين معا وقطع الرجلين معا يفوت منفعة الجنس فيتعذر عليه الاكل والمشى والتطهر ، ويتعذر معه ان ينال الجانى المطـالب الضرورية لحياته ، ولما روى عن على رضى الله عنه انه كان لا يقطع الا اليد والرجل وان سرق السارق بعد ذلك سجنه (٢) .

ويرى أهل الظاهر ان القطع واجب فى اليدين فقط فاذا سرق قطعت احدى يديه فاذا عاد للسرقة قطعت يده الثانية فان سرق للمرة الثالثـة عزر وحجتهم أن القرآن والسنة جاءا بقطع يد السارق فلا يجوز أن يقطع من السارق غير يديه (٣) .

وقال عطاء تقطع يده اليمنى فى السرقة الأولى ولا يعود عليـه القطع (٤) .

---

(١) المهذب جـ ٢ ص ٢٨٣ - حاشية الدسوقى جـ ٤ ص ٣٣٢و٣٣٣
(٢) فتح القدير جـ ٤ ص ٢٤٩ .
(٣) المحلى جـ ١١ ص ٣٥٤ - ٣٥٧
(٤) الجامع لأحكام القرآن للقرطبى جـ ٦ ص ١٧٢ - المحلى جـ ٢١ ص ٣٥٤ .

وانما يعاقب اذا ارتكب جريمة سـرقة بعد ذلك بعقوبة تعزيريـة .
وحجته فى ذلك أن الله تعالى قال « فاقطعوا ايديهما » ولو شاء امر بقطع
الرجل ولم يكن الله نسيا (١) .

واذا كانت اليد اليمنى شلاء او مقطوعة الابهام او الأصابع فقـد
اختلف الفقهاء فى هذه الحالة .

فالحنفية : يرون القطع فى هذه الحالة لقوله تعـالى « فاقطعـوا
ايديهما » اى ايمانهما ، ولأنها لو كانت صحيحة قطعت (٢) .

والمالكية : يرون انه لا قطع فى اليد اليمنى اذا كانت شلاء او لم يبق
منها الا اصبعا او اصبعين وينتقل القطع الى الرجل اليسرى (٣) .

والشافعية : يرون قطع اليد ولو كانت شلاء الا اذا خيف من قطعها
الا يكف الدم .

وعندهم ان كانت اليد ناقصة الأصابع قطعت لأن اسم اليد يقع عليها
وان لم يبق الا الراحة ففيه وجهان : احدهما انه لا يقطع وينتقل الحد
الى الرجل لأنه قد ذهبت المنفعة المقصودة بها والثانى : انه يقطع ما بقى
لأنه بقى جزء من العضو الذى تعلق به القطع فوجب قطعه (٤) .

---

(١) المحلى جـ ١١ ص ٣٥٤ .
(٢) فتح القدير جـ ٤ ص ٢٥٠ .
(٣) حاشية الدسوقى جـ ٤ ص ٣٣٢ .
(٤) المهذب ـ جـ ٢ ـ ص ٢٨٣ .

ويرى ابو حنيفة انه لا يقطع اليد اليمنى اذا كانت اليد اليسرى للجانى مقطوعة او شلاء او مقطوعة الابهام او اصبعين سوى الابهام ، وذلك لتلافى تفويت منفعة اليدين . وكذلك اذا كانت رجله اليمنى مقطوعة او شلاء بها عرج يمنع المشى عليها فلا تقطع اليد اليمنى لأن فى ذلك فوات منفعة الشق . وكذلك لا تقطع رجله اليسرى ولو كانت صحيحة لأن ذلك يفوت عليه القدرة على المشى .

ويتفق الفقهاء على ان القطع يسقط اذا ذهب العضو المستحق القطع بسبب وقع بعد السرقة لا قبلها كان يكون فقده بسبب افة او قصاص او جناية فلا ينتقل القطع الى العضو الاخر . لتعذر استيفاء الحد لتلف محله كما لو مات من عليه القود (١) .

---

(١) المهذب ج ٢ ص ٢٨٣ ، وكشاف القناع ج ٦ ص ١٤٨ .
تنص المادة ٢٢ من القانون الليبى رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٢ على :
١ - تقطع يمنى السارق ولو كانت شلاء او مقطوعة الابهام او الاصابع اذا لم يخشى عليه من الهلاك فى حالة الشلل .
٢ - لا يقطع يمنى السارق فى الحالات الاتية : (أ) اذا كانت يده اليسرى مقطوعة او شلاء او مقطوعة الابهام او اصبعين سوى الابهام .
(ب) اذا كانت رجله اليمنى مقطوعة او شلاء او بها عرج يمنع المشى عليها .
(ج) اذا ذهبت يمناه لسبب وقع بعد السرقة .
٣ - واذا امتنع القطع يعاقب الجانى تعزيرا طبقا لأحكام قانون العقوبات .
وقد أخذ القانون بمذهب الحنفية فى الحالتين أ و ب ورأى جمهور الفقهاء فى الحالة (ج) .
وتضمنت المادة ٢٠ من المشروع الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل على حكم مماثل ، فنصت على ان يقطع يمين المحكوم عليه ولو كانت شلاء ، أو مقطوعة الابهام او الاصابع اذا لم يخش عليه من الهلاك فى حالة الشلل . ويمتنع تنفيذ القطع فى الحالات الاتية :
(أ) اذا كانت يده اليسرى مقطوعة ، أو شلاء أو مقطوعة الابهام أو اصبعين سوى الابهام (ب) اذا كانت رجله اليمنى مقطوعة ، او شلاء أو بها عرج يمنع المشى عليها .(ج) اذا ذهبت يمناه لسبب وقع بعد =

التداخل :

اذا سرق السارق عدة مرات من أشخاص مختلفين وتقدموا جميعا متفرقين أيقام عليه حد واحد أم يقام لكل واحد منهم حد قائم بذاتـــه ولا تتداخل العقوبة ؟

فى المسألة رأيان :

الأول : أنه يقطع لكل واحد من المجنى عليهم لأن لكل واحد منهم دعوى خاصة به لا تدخل به فى دعوى غيره ، ولأن الوقائع مختلفـــة فيكون لكل حـــد .

الثانى : أنه يقطع مرة واحدة وذلك لأن موضوع الجريمة هو المال وما أوجدته الجريمة من ذعر وفزع بين الناس ، والمال حق صاحبه ولذلك كانت الدعوى ، أما ما توجده الجريمة من نزع فمن أجله شرع الحد وحق الله تعالى من الزجر يتحقق باقامة حد واحد .

وهذا الرأى يؤيده اكثر الحنفية والمالكية والشافعية (١) .

= السرقة كما نصت المادة ١٣٢ من مشروع مدونة قانون العقـــوبات الكويتى على حكم مماثل فنصت على أن يحكم بقطع اليد اليمنى للسارق ولو كانت شلاء أو مقطوعة الابهام أو الاصابع مالم يخش عليه من الهلاك فى حالة الشلل ولا يحكم بالقطع فى الحالتين الاتيتين (١) اذا كانت اليد اليسرى مقطوعة أو شلاء لو مقطوعة الابهام أو اصبعين غير الابهـــام (ب) اذا كانت القدم اليمنى مقطوعة أو شلاء أو بها عيب يمنع المشى عليها ـ وفى هاتين الحالتين تحكم المحكمة بالعقوبات التعزيرية للسرقة

(١) العقوبات : الشيخ محمد ابو زهرة ص ٢٨٥ ، ٢٨٩ .

موضع القطع :

ذهب جمهور الفقهاء الى القطع من الزند وهو مفصل الرسغ ، وذلك لأن لفظ اليد يتناول اليد الى الأبط ، ومفصل الرسغ متيقن به لكونه أقل فيؤخذ به لأن العقوبات لا تثبت بالشبهة وفيما زاد على الرسغ شبهة فلا يثبت قطعه (١) .

وعند الشيعة الامامية القطع من أصول الأصابع فقط لأن البطش والأخذ يقع بها فتقطع لازالة التمكن من الاخذ والبطش .

وقال الخوارج : تقطع من المنكب لان اسم اليد يتناول ذلك .

وموضع قطع الرجل من مفصل الكعب (٢) .

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٧ .

(٢) جاء فى الجامع لاحكام القرآن للقرطبى ج٦ص ١٧١ ، ١٧٢: فاذا قطعت اليد أو الرجل فالى أين تقطع ؟ فقال الكافة : تقطع من الرسغ والرجل من المفصل . ويحسم الساق اذا قطع : وقال بعضهم : يقطع الى المرفق ، وقيل الى المنكب ، لأن اسم اليد يتناول ذلك . وقال على رضى الله عنه : تقطع الرجل من شطر القدم ويترك له العقب (مؤخر القدم) . وبه قال أحمد وأبو ثور ، قال روى عن النبى ﷺ انه أمر بقطع يد رجل فقال : احسموها ، وفى اسناده مقال ، واستحب ذلك جماعة منهم الشافعى وأبو ثور وغيرهم وهذا أحسن وهو أقرب الى البرء وابعد من التلف .

وتنص المادة ٣/٢١ من القانون الليبى رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٢ على ان يكون قطع اليد من الرسغ (مفصل الكف) وتقطع الرجل من مفصل الكعب ، أخذا برأى جمهور الفقهاء .

وتنص المادة ١٩/ج من مشروع اقامة حد السرقة الذى اعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل فى مصر على أن قطع اليد من الرسغ (مفصل الكف) وهو ما تنص عليه أيضا المادة ١/١٢٦ من مشروع مدونة قانون العقوبات الكويتى .

وتضمنت المادة ٢١ و ١٩ المشار اليهما النص على الرعاية الطبية التى تكفل التوفيق بين تنفيذ الحد والمحافظة على الجانى من الهلاك .

حسم العضو :

بعد القطع يحسم العضو وهو أن يغمس العضو بعد القطع فى الزيت المغلى لسد أفواه الشرايين لمنع نزيف الدم والأصل فى ذلك ما روى عن رسول الله ﷺ أنه أتى اليه بسارق فقال : « اقطعوا واحسموه » والمنقول عن الشافعى وأحمد أنه مستحب فلا اثم ان لم يفعل (١) .

تعليق اليد المقطوعة :

قال الشافعى وأحمد بتعليق اليد المقطوعة فى عنق السارق فترة للزجر ، لأن النبى ﷺ أمر به ، وحدد بعضهم مدة التعليق بساعة وحددها البعض الآخر بثلاثة أيام والصحيح أن ذلك مطلق للامام ان رآه ، ولم يثبت عنه عليه الصلاة والسلام فى كل من قطعه ليكون سنة (٢) .

---

(١) ، (٢) المهذب ٢ ص ٢٨٣ .

عقوبة الشريك اذا كان الشريك الاخر لا يقطع

يرى أبو حنيفة وزفر واحـد الرايين فى مذهب احمد : أنه اذا اشترك من لا قطع عليه مع من عليه القطع فلا يقام الحد على الشركاء ، وذلك استنادا الى أن السرقة واحدة وانها ارتكبت منهم جميعا فلا يقام الحد على أحد منهم .

وقال الشافعى ومالك واحد الرأيين فى مذهب أحمد :اذا اشترك اثنان فى سرقة وكان احدهما ممن لا يجب عليه القطع كالصغير المميز أو المجنون مع البالغ العاقل فيقطع البالغ العاقل وحده دون المجنـــــون والصغير لأن امتناع العقاب قام فى الصغير والمجنون لمعنى يخصه فلا يتعداه الى شـريكه .

ويرى أبو يوسف امتناع العقاب عمن يجب عليه القطع اذا كان من تولى الاخراج هو الشخص الذى لا يجب عليه القطع لأن الاخـراج من الحرز هو الأصل واذا امتنع العقاب على من اتى بالأصل فيمتنع العقاب على من اتى بالتابع (١) .

---

(١) بدائع الصنائع ـ ٧ ، ص ٦٧ .

مسقطات حد السرقة

اذا ثبتت جريمة السرقة وجب تنفيذ الحد ما لم يقم سبب من الاسباب المسقطة له ، ولم يتفق الفقهاء بالنسبة للأسباب المسقطة لحد السرقة . ونبين فيما يلى بايجاز مسقطات الحد واراء الفقهاء فيها :

١ - تكذيب المجنى عليه الجانى فى اقراره بالسرقة أو تكذيب الشهود الذين شهدوا بوقوع السرقة .

يرى أبو حنيفة أن هذا التكذيب من قبل المجنى عليه يبطل الاقرار والشهادة ويستتبع سقوط الحد ، ويستوى عنده ان يكون التكذيب مبتدأ أو بعد المخاصمة والادعاء بالسرقة .

وفى مذهب مالك لا يعتد بهذا التكذيب اذا قصد به مساعدة الجانى على الافلات من اقامة الحد .

وعند الشافعى واحمد لا يعتد بهذا التكذيب الذى يقع بعد المخاصمة والادعاء بالسرقة ، اما التكذيب الذى يقع قبل المخاصمة والادعاء فيمنع من المخاصمة واقامة الحد .

٢ - رجوع السارق فى اقراره ، اذا كان هو الدليل الوحيد على السرقة [illegible]

وهذا متفق عليه بين الفقهاء الا من بعض الشافعية وأهل الظاهر فانهم لا يرون أن الرجوع يسقط حد السرقة (١) ٠

٣ ـ عفو المجنى عليه من الجانى :

حد السرقة من الحدود التى تحتاج الى خصومة عند بعض الفقهاء، لذلك فقد ثار الخلاف بينهم فيما اذا كان عفو المجنى عليه عن الجانى أورد المسروق أو تملك السارق المسروق يسقط الحد ٠

وقد اتفق الفقهاء على جواز العفو قبل الترافع ، ومثل العفو قبل الترافع العفو بعد الترافع وقبل الاثبات فالحكم واحد ، وانما موضع الخلاف فى العفو بعد الحكم أو بعد الاثبات وقبل اقامة الحد ، وقد قرر الفقهاء أن العفو بعد الحكم فى السرقة لا يسقط الحد لأن حق العبد انما هو فى الخصومة دون غيرها وقد استوفى حقه برفع الدعوى والمطالبة ، وبقى حق الله تعالى وهو اقامة الحد وهذا الحق لا يقبل العفو من العبد (٢) ٠

---

(١) تنص المادة ٢/١٠ من القانون الليبى رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٢ على أنه يجوز للجانى العدول عن اقراره الى ما قبل صيرورة الحكم نهائيا وفى هذه الحالة يسقط الحد اذا لم يكن ثابتا الا بالاقرار ولا يخل سقوط الحد بمعاقبته تعزيريا ٠

وقد أخذ مشروع أقامة حد السرقة الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل بهذا الراى فنصت المادة ١٠ من المشروع على أنه يجوز للمقر العدول عن اقراره الى ما قبل الحكم النهائى من محكمة الجنايات وفى هذه الحالة يسقط الحد اذا لم يكن ثابتا الا بالاقرار وطبقا للمادتين١٠٧و ١٣٠ من مدونة مشروع قانون العقوبات الكويتى يسقط الحد بالعدول عن الاقرار اذا لم يكن الحد ثابتا الا بالاقرار مالم يكن العدول بسبب غير مقبول ٠

(٢) العقوبة ـ الشيخ محمد أبو زهرة ص ٢٤٨ و ٢٤٩ ٠
وقد أخذ مشروع اقامة حد السرقة الذى أعدته اللجنةالمشكلة بوزارةالعدل بالرأى القائل بسقوط الحد بعفو المجنى عليه عن الجانى قبل صدور=

والعفو عن الجانى الذى يعتد به هو الذى يكون من جميع المجنى عليهم اذا تعددوا ، فاذا صدر من بعضهم فلا اعتداد به .

٤ - رد المسروق قبل المرافعة :

الخصومة شرط لاقامة حد السرقة عند أبى حنيفة لذلك فانه يرى ان رد السارق للمسروق قبل الخصومة يسقط الحد ، اما رد المسروق بعد الخصومة فلا يمنع سقوط الحد (١) .

ويرى أبو يوسف أن الرد قبل المرافعة لا يسقط الحد لأنه بمجرد وقوع السرقة قام موجب الحد (٢) .

وعند مالك والشافعى وأحمد رد المسروق لا يمنع اقامة الحد ولو كان الرد قبل المرافعة .

٥ - تملك السارق للمسروق قبل القضاء :

يرى ابو حنيفة ان تملك السارق المسروق يسقط الحد سواء تملكه السارق قبل القضاء او بعد الحكم وقبل التنفيذ ، وحجته فى ذلك ان

= الحكم فنص فى المادة ٤/١٠ منه على ألا يطبق حد السرقة اذا صفح المجنى عليه عن السارق قبل صدور حكم محكمة النقض .

(١) فتح القدير - جـ ٤ ص ٢٥٥ و ٢٥٦ .

(٢) فتح القدير جـ ٤ ص ٢٥٦ .

ينص مشروع اقامة حد السرقة الذى اعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل فى المادة ٤/٩ منه على الا يطبق حد السرقة اذا قام السارق برد المسروق قبل الحكم عليه - وهو فى ذلك يقضى بسقوط الحد بالرد بعد انعقاد الخصومة مخالفا رأى جميع الأئمة . ذلك ان أبا حنيفة وان كان قد انفرد بالرأى القائل بسقوط الحد برد الجانى المسروق الا انه شرط لذلك أن هذا الرد قبل الخصومة .

المطالبة شرط اقامة الحد ابتداء وتستمر الى اقامته ، وبتملك السارق للمسروق لا تحق المطالبة . وان هذا التملك وان لم يوجد حقا للسارق وقت السرقة الا انه اوجد شبهة عند التنفيذ تمنع من اقامة الحد والحدود تدرأ بالشبهات (١) .

ويرى الشافعى واحمد أن ما يسقط الحد هو تملك المسروق قبل الشكوى لأن عندهما أن شرط الحكم بالقطع المطالبة بالمسروق فاذا تملكه السارق قبل الشكوى امتنعت المطالبة ، اما اذا كان تملك السارق المسروق بعد الشكوى فلا يسقط الحد - لما روى من ان النبى ﷺ امر فى سارق رداء صفوان فى المسجد بان يقطع يده فقال صفوان انى لم أرد هذا هو عليه صدقة فقال رسول الله ﷺ : « فهل قبل أن تأتى به » (٢) .

اما مالك فيرى أن ما يعتد به هو ملكية المسروق وقت السرقة ، لأنه لا يشترط المطالبة لاقامة دعوى السرقة ، وعنده انه طالما أن الجريمة قد وقعت واستوفيت شروط اقامة الحد ، فان تملك الجانى المسروق بعد السرقة لا يسوغ عدم اقامة الحد (٣) .

---

(١) فتح القدير ج ٤ ص ٣٥٦ .
(٢) البدائع - ج ٧ ص ٨٨ . المغنى ج ١٠ ص ٢٧٧ .
(٣) فتح القدير - ج ٤ ص ٢٥٨ .
تنص المادة ٧/٣ من القانون الليبى رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٢ فى شان اقامة حدى السرقة والحرابة بالا يطبق الحد اذا تملك الجانى المال المسروق بعد السرقة وقبل الحكم نهائيا فى الدعوى .
واخذ مشروع اقامة حد السرقة الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل فى مصر برأى أبى حنيفة فنصت المادة ٨/٤ منه بالا يطبق حد السرقة اذا تملك الجانى المال المسروق بعد السرقة .
وتنص المادة ١٢٨/ط من مشروع مدونة قانون العقوبات الكويتى على الا يقام حد السرقة اذا تملك الجانى المال المسروق بعد السرقة وقبل رفع الدعوى الجنائية أو قام برده الى مالكه قبل ذلك ، وقد اخذ المشروع فى ذلك برأى الشافعى وأحمد .

٦ - ادعاء ملكية المسروق :

ذهب الحنفية الى انه اذا ادعى الجانى ملكية المسروق فانه يسقط الحد لاحتمال صدقه لأن الحد يدرأ بالشبهات .

وعند الشافعى وفى رواية عن أحمد لا يسقط الحد بمجرد دعواه لأن سقوط القطع بمجرد دعواه يؤدى الى سد باب الحد اذ لا يعجز السارق عن ابداء هذا الادعاء .

وفى رواية عن احمد انه اذا كان الجانى معروفا بالسرقة قطع لأنه يعلم كذبه بدلالة الحال (١) .

---

(١) انظر فتح القدير ج ٤ ص ٢٥٨ .

ضمان المـــال المســروق

ثبوت السرقة يترتب على ضمان المسروق وقطع السارق ، وقـد اختلف الفقهاء بالنسبة لاجتماعهما معا ٠

فيرى أبو حنيفة أنه اذا قطع السارق والعين المسروقة قائمة فى يده ردت على صاحبها لبقائها على ملكه ، اما إن كانت العين قد استهلكت فان السارق لا يضمن ، وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك وهـــو رواية أبى يوسف عن أبى حنيفة وهو المشهور ، وروى الحسن عنه أنه يضمن بالاستهلاك ٠ وسند هذا الرأى ما روى عن رسول الله ﷺ قوله « لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه » ولأن وجوب الضمان ينـافى القطع لأن المضمونات عند الحنفية تملك من وقت الأخـــذ عند أداء الضمان فلو ضمن السارق قيمة المسروق فكانه ملكه من وقت أخذه وكانه اخذ ما يملكه فينتفى القطع للشبهة (١) ٠

وعند الشافعى واحمد القطع والضمان يجتمعان لانهما حقان قد اختلف سببهما فلا يمتنعان ، فالقطع حق الشرع وسببه ترك الانتهاء عما نهى عنه ، والضمان حق العبد وسببه اخذ المال (٢) ٠

أما مالك فيرى ان السارق يضمن قيمة المسروق اذا لم يحكم عليه بالقطع أيا كان سبب ذلك ، واذا كانت العين المسروقة باقية فعلية ردها٠ أما اذا قطع فى السرقة فعليه رد العين ان كانت موجودة فاذا لم تـكن موجودة فعليه قيمتها ان كان موسرا وقت الســرقة وان كان معسرا فلا ضمان (٣) وأساس هذا الرأى ما روى عن رسول الله ﷺ أنه قال « اذا

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٦٢

(٢) ، (٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٦١ ٠

اقيم على السارق الحد فلا ضمان عليه » اى ان الأصل عدم الجمع بين القطع وضمان المسروق ، الا ان مالك يرى ان اليسار المتصل كالمال القائم فاذا كان السارق موسرا وقت السرقة وظل على يساره الى وقت القطع فلا يعتبر أنه عوقب بتضمينه قيمة المسروق الذى هلك أو استهلك (١) .

---

(١) أخذ المشروع الذى اعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل بجمهورية مصر لتطوير القوانين وفق احكام الشريعة الاسلامية برأى الشافعى وأحمد فنصت الفقرة الثانية من المادة الثانية من المشروع الذى أعدته على ان يحكم على السارق برد المسروق أن وجد والا فقيمته وقت السرقة .

كما أخذت بذلك الفقرة الثانية من المادة ١٢٦ من مدونة قانون العقوبات الكويتى حيث تنص على أنه :

وفى جميع الاحوال يحكم برد المال المسروق ان وجد والا فقيمته وقت السرقة ان كان قيميا أو بمثله ان كان مثليا .

وما ذهب اليه الشافعى واحمد فى اجتماع القطع والضمان هو الصواب فى نظرنا ، لأنه الى جانب مراعاته حق الله تعالى فى اقامة الحد يصون حق المجنى عليه فى استرداد ماله المسروق أو اقتضاء قيمته .

الشروع فى السـرقة (١)

لا يجب حد السرقة على الجانى الا بعد توافر أركان هذه الجريمة وتمامها ، فاذا بدىء فى تنفيذ الجريمة ، ولكنها لم تتم بان أوقف تنفيذها لسبب لا دخل لارادة الجانى فيه أو خاب اثرها فلا يقطع الجـــانى ، ويعزر لمقارفته جريمة ليست لها عقوبة مقدرة .

وتتم السرقة عند جمهور الفقهاء باخذ المسروق من حرزه واخراجه من حيازة المجنى عليه وادخاله فى حيازة الجانى .

والحرز نوعان كما سلف ذكره ، حرز بالمكان أو حرز بنفسه ،وحرز بالحافظ (الحارس) أو حرز بغيره ، ولتمام السرقة من الحرز بالمكان يجب أن يخرج الجانى من الحرز ، فاذا كانت السرقة من دار مسكونة، وجب أن يخرج السارق بالمسروق منها لاعتبار الجريمة تامة ، أما السرقة من حرز بالحافظ فان السرقة تعتبر تامة بانفصال السارق عن البقعة التى فيها الشىء المسروق لانه بذلك ينفصل عن الحرز فمن أخذ ثوبا لجالس فى المسجد من جواره يعتبر فعله سرقة تامة بمجرد انفصاله عن مكان الثوب ولو لم يخرج من المسجد ، ويعتبر النشال مرتكبا لجريمة سرقة تامـــة بمجرد انفصال النقود عن ملابس المجنى عليه .

---

(١) عرفت المادة ٤٥ من قانون العقوبات المصرى الشروع فنصت على ان « الشروع هو البدء فى تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جناية أو جنحة اذا وقف او خاب اثره لأسباب لا دخل لارادة الفاعل فيها .

ولا يعتبر شروعا فى الجناية أو الجنحة مجرد العزم على ارتكابها ولا الاعمال التحضيرية لذلك » .

ومن صور الشروع فى السرقة التى يعاقب عليها بالتعزير لا باقامة الحد اذا بدأ الجانى بنقب الحرز ولم يتم الجريمة ، أو اذا دخل الحرز وجمع المال المسروق أو حمله وقبض عليه قبل أن يغادر الحـــــــرز بالمسروق (١) .

---

(١) لا يعاقب القانون الليبى رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن حد السرقة والحرابة بالحد على الشروع فى السرقة حيث تنص المادة ١/١١ منه على أن تسرى أحكام قانون العقوبات على الشروع فى جـــريمتى السرقة والحرابة المعاقب عليهما حدا .

وهذا ما أخذ به مشروع أقامة حد السرقة الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل ، فنص المشـروع فى المادة السادسة منه على ان تعتبر جريمة السرقة المعاقب عليها حدا جناية ، ولا عقاب على الشـروع فيها ما لم يكن هذا الشروع جريمة وفقا لأحكام قانون العقوبات أو أى قانون اخر فيحكم بالعقوبة التعزيرية المقررة لها بمقتضاه .

الفصل الثانى

الحـــرابة
أو
قطـع الطريق

الحرابة أو قطع الطريق تسمى عند فقهاء المسلمين السرقة الكبرى وقد جاء فى شرح فتح القدير (١) أن هذه التسمية ترجع الى ان قاطع الطريق ياخذ المال سرا ممن اليه حفظ الطربق وهو الامام الأعظم ، كما أن السارق ياخذ المال سرا ممن اليه حفظ المكان الماخوذ منه وهو المالك أو من يقوم مقامه ، أما تسميتها كبرى فلأن ضرر قطع الطـــريق على أصحاب الأموال وعلى عامة المسلمين بانقطاع الطريق ، وضرر الســرقة الصغرى يخص الملاك ياخذ مالهم وهتك حرزهم ، ولهذا غلظ الحد فى حق قطاع الطريق ٠

وقد اطلق على قطع الطريق اسم السرقة مجازا لضرب من الاخفاء وهو الاخفاء عن الامام ومن نصبه الامام لحفظ الطريق من الكشـــاف وأرباب الادراك فكأن السرقة منه مجازا ولذا لاتطلق الســـرقة عليه الا مقيدة فيقال السرقة الكبرى ولزوم التقييد من علامات المجاز ، وسمى قاطع الطريق محاربا لله ، لأن المسافر معتمد على الله تعالى فالذى يزيل أمنه محارب لمن اعتمد عليه فى تحصيل الأمن ، وأما محاربته لرسوله

---

(١) شرح فتح القدير - ج ٤ ، ص ١٦٨ ٠

فاما باعتبار عصيان امره واما باعتبار الرسول هو الحافظ لطـــــريقة المسلمين والائمة من بعده .

تعريفها :

يعرفها أبو حنيفة بانها : الخروج على المارة لاخذ المال على سبيل المغالبة اذا ادى هذا الخروج الى اخافة السبيل أو اخذ المال او قتل انسان سواء كان الخروج من جماعة أو من واحد له قوة قطع الطريق ، وســواء أكان القطع بسلاح أم بغيره من العصى والحجر والخشب ونحوها .

ويعرفها الشافعى : بانها البروز لاخذ مال أو لقتل او ارهـــاب مكابرة اعتمادا على الشوكة مع البعد عن الغوث .

ويعرفها مالك : بانها اشهار السلاح لاخافة السبيل سواء قصـــد الجانى المال أو لم يقصد .

فمن خرج لقطع السبيل لغير المال فهو محارب ، وتكون الحرابة داخل السكن اذا دخل السارق مسلحا ومعه قوة .

ويعتبر مالك القتل غيلة حرابة ، كان يخدع الجاني المجنى عليه ويقصيه الى مكان يتعذر معه الغوث ويقتله لاخذ ما معه سواء أخذ منه مالا او لم يجد معه ما يؤخذ (١) .

والمحارب عند الظاهرين هو المكابر المخيف لاهل الطريق المفســد فى سبيل الارض سواء بسلاح أو بلا سلاح أصلا سواء ليلا او نهارا ، فى

---

(١) حاشية الدسوقى - ص ٣٤٩ .

مصر أو فى فلاة اذا اخاف السبيل بقتل نفس أو أخذ مال أو لجراحة أو لانتهاك فرج وتتم الجريمة ولو ارتكبها محارب واحد (١) .

---

(١) المحلى ج ١١ ص ٢٠٨ .

تنص المادة ٤ من القانون الليبى رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن اقامة حدى السرقة والحرابة على :

١ - تتوافر جريمة الحرابة فى احدى الحالتين الاتيتين :

(أ) الاستيلاء على مال الغير مغالبة .

(ب) قطع الطريق على الكافة ومنع المرور فيها بقصد الاخافة .

٢ - ويشترط فى الحالتين المذكورتين استعمال السلاح أو اية أداة صالحة للايذاء الجسمانى أو التهديد بأى منهما .

٣ - واذا وقعت الحرابة داخل العمران فيشترط عدم امكان الغوث

٤ - ويجب أن يكون الجانى عاقلا ، أتم ثمانى عشرة سنة هجرية، مختارا غير مضطر .

وتنص المادة ١ من مشروع قانون أقامة حد الحرابة الذى أعده اللجنة المشكلة بوزارة العدل فى مصر على انه يعد مرتكبا لجريمة الحرابة كل من قطع الطريق على المارة بقصد ارتكاب جريمة ضد النفس أو المال او ارهاب المارة مع اجتماع الشروط الاتية :

(أ) أن يقع الفعل فى طريق عام بعيدا عن العمران ، أو داخل العمران مع عدم امكان الغوث .

(ب) أن يقع الفعل من شخصين فاكثر ، أو من شخص واحد متى توافرت له القدرة على قطع الطريق .

(ج) أن يقع الفعل باستعمال السلاح ، او اداة صالحة للايذاء او التهديد بأى منها .

(د) أن يكون الجانى بالغا عاقلا غير مضطر .

(هـ) أن يكون الجانى قد باشر ارتكاب الجريمة بنفسه أو اشترك فيها بالتسبب او المعاونة بشرط ان تقع الجريمة بناء على هذا الاشتراك .

ولم يتضمن مشروع المدونة العقابية الكويتى حد الحرابة . واشير فى المذكرة الايضاحية لهذا الموضوع اخضاع السرقات الكبرى المصطحبة بالظروف المشددة والتى قد يرى الفقه ادخالها تحت وصف الفساد فى الأرض ، للحد المقرر للسرقة أو للعقوبات التعزيرية المغلظة والتى يجوز أن تصل الى الاعدام .

دليل تحريمها :

الأصل فى عقوبة هذه الجريمـة قوله تعـالى : (انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فسادا أن يقتلوا او يصـلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خـــزى فى الدنيا ولهم فى الاخرة عذاب عظيم الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم) ٠

وقد اختلف الفقهاء فى سبب نزول هذه الآية فقال البعض : انهـا نزلت فى قوم ارتدوا واستاقوا ابلا لرسول الله ﷺ وقتلوا راعيها ٠ وقال البعض ٠ انها نزلت فى قوم مشركين كان بينهم وبين النبى ميثـــاق نقضوا العهد وقطعوا الطريق وافسدوا فى الارض ٠ لكن الذى عليـه جمهور الفقهاء أن هذه الآية نزلت فى قطاع الطريق لا فى المشـركين ٠ ولا فى المرتدين بدليل قول الله تعالى : (الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم) اذ ان عدم القدرة عليهم ليست مشترطة فى توبة الكفارة فبقى ان يكون الحكم خاصا بالمحاربين قطاع الطريق (١) ٠

---

(١) يراجع فى تفصيل الخلاف بين الفقهاء فى مناســبة نزول الاية : الجامع لأحكام القرآن القرطبى ج ٦ ص ١٤٨ - ١٥٠ وبـــداية المجتهد ج ٢ ص ٥٢٥ ٠

اركان جريمة الحـرابة

لتوافر أركان جريمة الحرابة يتعين توافر شروط بعضها يرجـــع للقاطع (الجانى) وبعضها يرجع الى المقطوع عليه (المجنى عليه) ، وبعضها يرجع الى الفعل وبعضها يرجع الى مكان القطع ٠

ونورد فيما يلى بايجاز بيان هذه الشروط :

أولا : الشروط الخاصة بالقاطع (الجانى) :

يشترط فيمن يعتبر محاربا أن يكون عاقلا بالغا مختارا غير مضطر

وقد اختلف الفقهاء فيما اذا كان يشترط فى جريمة الحـرابة تعدد الجناة ام تتحقق الجريمة ولو وقعت من شخص واحد ، فذهب رأى الى اشتراط التعدد ، لأن المحاربين هم الذين يجتمعون فى قوة ومنعة يؤازر بعضهم بعضا وتكون لهم القدرة على بث الفزع واخافة النـاس ٠ وذهب أبو حنيفة وبعض الفقهاء من المذهب الشافعى الى جواز ان تقع الحرابة من جماعة او من فرد يكون له قوة القطع ٠

ويشترط أبو حنيفة وأحمد ان يكون للجانى قوة القطع بسلاح أو ما فى حكمه كالعصا والخشب والحجر ٠ لأن قطع الطريق يحصل بكل ذلك (١) ٠

---

(١) أخذ مشروع قانون اقامة حد الحرابة الذى أعدته اللجنـة المشكلة بوزارة العدل فى مصر برأى أبى حنيفة فنص فى المادة ١/ب من المشروع على جواز أن يقع الفعل من شخص واحـد متى توافرت له القدرة على قطع الطريق ، كما أخذ برأى أبى حنيفة بان يكون للجانى قوة القطع بسلاح او أى اداة صالحة للايذاء (المادة ١/ج) ٠

وأما مالك والشافعى فلا يشترطان حمل السلاح ، ويكفى عندهما أن يعتمد المحارب على قوته وسطوته .

وعند الحنفية والمالكية والحنابلة يعتبر محاربا من ارتكب الفعل بنفسه أو أعان على ارتكابه بطريق الاتفاق أو التحريض أو المساعدة ، وذلك لأن الحال فى المحاربة تختلف عنها فى سائر الحدود ، فالمحاربة تقوم على حصول المنعة والمعاضدة ، ولذلك فان دور الشريك لا يقل عن دور الفاعل الأصل (المباشر) (١) .

وأما الشافعى فانه يرى ان الشريك لا يجب عليه الحد فى المحاربة وانما يعزر .

وعند أبى حنيفة وزفر : لا حد اذا كان من القطاع صبى أو مجنون ويسقط الحد كذلك عن الباقين لأن الجريمة تعاون على الاثم فاذا سقط الحد عن بعض المتعاونين سقط عن الباقين (٢) .

ويرى أبو يوسف هذا الرأى اذا كان الصبى أو المجنون هو الذى باشر الفعل وحده ، فان كان المباشر للجريمة غيرهما اقيم الحد على العقلاء البالغين (٣) .

ويرى مالك والشافعى واحمد ان الحد يسقط عن الصبى أوالمجنون دون غيرهما ، سواء باشر احدهما قطع الطريق أو باشره غيره من

---

(١) فتح القدير ج ٤ ص ٢٧١ .
أخذ المشروع الذى أعدته اللجنة المشار اليها برأى الحنفية والمالكية والحنابلة فى هذا الشأن (المادة ١/هـ من المشروع) .

(٢) ، (٣) فتح القدير ج ٤ ص ٢٧٣ .

الجناة ، لأن سقوط الحد عن الصبى أو المجنون كان لشبهة اختص بها فلا يسقط الحد عن الباقين (١) .

وعند مالك والشافعى وأحمد لا تشترط الذكورة فى المحاربة. وعندهم أن المرأة فى المحاربة مثل الرجل يقام عليها الحد ، وأنها تخالف الصبى والمجنون لأنها مكلفة يلزمها القصاص وسائر الحدود ، فاذا ارتكبت الجريمة اقيم عليها حد الحرابة (٢) .

وروى عن أبى حنيفة ان الذكورة شرط يجب توافره فى القاطع فلا يقام الحد على امرأة لأن سبب العقاب فى هذه الجريمة هو المحاربة والمرأة بحسب طبيعة تكوينها ليست محاربة وهى فى هذا الخصوص كالصبى ، أما بالنسبة لمن كان معها من الرجال فلا حد عليهم سواء باشروا القطع مع المرأة أم لم يباشروا .

وروى الطحاوى عن أبى حنيفة رواية أخرى مفادها أنه لا تشترط الذكورة وان النساء والرجال فى قطع الطريق سواء . لأن النص عام والفعل يتحقق من المرأة فى قطع الطريق وان أساس اقامة الحدود التكليف لا فرق فى ذلك بين الذكر والأنثى (٣) .

وعند الحنفية اذا كان من القطاع ذو رحم محرم من المقطوع عليهم

---

(١) فتح القدير ج ٤ ص ٢٧٣ - كشاف القناع ج ٦ ص ١٥١ .

(٢) كشاف القناع - ٦ ص ١٥٠ و ١٥٣ .

(٣) العقوبة - الشيخ محمد ابو زهرة ص ٢٦٣ - يراجع تفصيل ذلك فتح القدير ج ٤ ص ٢٧٥ و ٢٧٦ - وقد اخذ المشروع الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل برأى جمهور الفقهاء فلم يشترط فى المحارب الذكورة .

سقط الحد عن الباقين ، وحجتهم فى ذلك أن من سرق من ذى رحم محرم لا يقطع ، وان قطع الطريق امتداد لجريمة السرقة فياخذ حكمها بالنسبة لذوى الأرحام ، وان سقوط الحد عن واحد فى جريمة مشتركة يسقط الحد عن الباقين لقيام الشبهة .

ولا يرى جمهور الفقهاء هذا الرأى لأن الشبهة فى هذه الحالة اختص بها واحد فلا يسقط الحد عن الباقين (١) .

وأما مالك ومعه أهل الظاهر فلا يرون سقوط الحد فى الحـــرابة لكون بعض الجناة من ذوى الأرحام لأن العقوبة حق لله تعـــالى شرعت لحماية أمن الأمة (٢) .

ثانيا : الشروط الخاصة بالمقطوع عليه (المجنى عليه) :

قطع الطريق من المسلم على المسلم وعلى الذمى سواء .

وذلك لأن الله تعالى انما نص على حكم من حاربه وحارب رسول الله صلى الله عليه وسلم أو سعى فى الأرض فسادا ولم يخص بذلك مســـلم عن ذمى (٣) .

وقد اختلف الفقهاء بالنسبة للمستامن اذا كان مقطوعا عليه .

فعند الحنفية لا تتم المحاربة بالنسبة له ولا حد على المحاربين فى هذه الحالة لأن المستامن دخل دار الاسلام بأمان مؤقت ليقضى حوائجه

---

(١) و (٢) المحلى ج ١١ ص ٣١٥ ـ لم يسقط المشروع الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل الحد عن ذوى الأرحام أخذا برأى مالك وأهل الظـــاهر .

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٧٣ و ٢٧٤ .

ثم يعود الى دار الحرب ، وكونه من أهل دار الحرب يورث شبهة الاباحة فى ماله (١) ٠

وجمهور الفقهاء على أن المحاربة تتحقق ولو كان المقطـــوع عليه مستأمن لأن الواجب توفر الأمن فى دار السلام ٠

ويشترط أبو حنيفة الا يكون بين أحد القطاع وبين المقطوع عليه صلة رحم محرم ، ولا يرى الأئمة الثلاثة ذلك على ما سبق ذكره عند التكلم فى الشروط الخاصة بالقاطع ٠

ويجب أن تكون يده صحيحة على المال فيكون هو المالك أو من يمثله، فان كان سارقا فيرى البعض انه لا حد على قاطعة ٠

ثالثا : الشروط الخاصة بالفعل :

وقد اختلف فيما اذا كان القصد الى أخذ المال شرطا فى تحقيق معنى الحرابة ، أم يكفى أن يقصد الى قطع الطريق واخافة الناس ومنع مرورهم فيه ، على ما سلف بيانه لدى ذكر تعريف الفقهاء لحد الحرابة (٢)٠

كما اختلف الفقهاء فى اشتراط وجود سلاح مع المحارب على ما تقدم ذكـــره ٠

---

(١) فتح القدير ج ٤ ص ٢٦٨ ٠

(٢) صحيفة ١٩٠ و ١٩١ نص القانون الليبى رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٢ على توافر جريمة الحرابة فى حالة الاستيلاء على مال الغير مغالبة أو قطع الطريق بقصد الاخافة (المادة ٤ أ ، ب) ٠

ونص مشروع قانون اقامة حد الحرابة الذى أعدته اللجنة المشـــكلة بوزارة العدل فى مصر على أن يعد مرتكبا جريمة الحرابة كل من قطـــع الطريق على المارة بقصد ارتكاب جريمة ضد النفس أو المال او ارهاب المارة (المادة ١ من المشروع) ٠

ويشترط أبو حنيفة والشافعى فى المال الذى يؤخذ محاربة ما يشترط فى المال المأخوذ بالسرقة فيجب أن يكون المال متقوما محــــرزا بالحافظ ومملوكا للغير ، وأن يتوافر النصاب بالنسبة لكل واحد من المحاربين اذا قسم المال المأخوذ عليهم ، والا يكون لآخذه شبهة فيه وغير ذلك من الشروط السالف بيانها فى جريمة السرقة مع مراعاة أن الآخذ حرابة يقتضى أخذ المال مغالبة لا خفية (١) .

ولا يشترط أحمد فى تطبيق الحد أن يجتمع نصاب السرقة لكل واحد من الجناه بل يكفى أن تكون قيمة المسروق تبلغ نصابا واحدا ولو تعدد المحاربون . ولم يصب احدهم من المال المسروق نصاب السرقة كاملا (٢)

وأما مالك : فيرى لوجوب الحد أن ياخذ المحارب مالا محترما .

ولا يشترط مالك أن يكون المال محرزا بالحافظ خلافا لما يراه الحنفية والشافعية والحنابلة ، كما لا يشترط مالك توافر النصــــاب لأن العقوبة فرضت على فعل المحاربه لله ورسوله دون نظر الى قدر المال المأخــوذ ، وهذا المعنى يتحقق بغض النظر عن قيمة المال أو كونه محرزا أو غيــر محرز (٣) .

رابعا : الشروط الخاصة بمكان القطع :

اتفق الفقهاء على أن الفعل المكون للجريمة يعتبر حرابة اذا ارتكب خارج المصر أى خارح العمران .

---

(١) فتح القدير ج ٤ ص ٢٦٨ .

(٢) كشاف القناع ٦ ص ١٥٢ .

(٣) حاشية الدسوقى - ج ٤ ص ٣٤٨ .

لم يشترط المشروع الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل توافــر النصاب أو الحرز أخذا بمذهب مالك .

واذا ارتكب الفعل داخل العمران ففيه الخلاف ٠

فعند أبى حنيفة لا حرابة اذا ارتكب الجــــريمة فى المصر لأن من شروط قطع الطريق أن يحصل فى مكان لا تلحق المجنى عليه فيه النجدة، وليس هذا شأن المدن والقرى المعمورة التى يمكن فيها الغوث ٠

ويرى ابو يوسف اقامة الحد لو ارتكبت الجريمة داخل العمران أو خارجه وحجته أن الحد شرع لأخذ المال على سبيل المحاربة ويتوافر ذلك اذا ارتكبت الجريمة فى المصر ، بل أن الجريمة فى المصر اغلظ منها فى غيره لأن المجــــاهرة والاعتمــــاد على المنعة اظهر فى المصر عنــه فى الفيافى والقفار٠ويروى عنه أنه قال فى قطاع الطريق فى المصر : اذا قاتلوا نهارا بالسلاح أو ليلا به أو بالعصى أو الحجر فهم قطاع الطريق لأن السلاح يجهز على المجنى عليه فيتحقق القطع قبل الغوث والغوث يبطىء بالليالى فيتحقق بلا سلاح (١) ٠

ويبين من ذلك ان أبا يوسف يجعل الأساس فى تحقيق معنى الحرابة هو سرعة الغوث او بعده ٠

واما مالك فيرى أن الحرابة تتحقق اذا أخذ المال على وجه لا يمكن لصاحبه الاستغاثة سواء وقع الفعل فى الصحراء أو فى المصر ، وفى رواية عنه أنه لا محاربة الا اذا ارتكب الفعل على قدر ثلاثة أميال من العمران(٢)

والراجح فى مذهب أحمد ان الحرابة تتحقق اذا ارتكب الفعل فى مكان لا يلحقه الغوث سواء كان ذلك فى الصحراء او فى المصر فالمناط فى

---

(١) ، (٢) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٢٧٥ .

تحقق المحاربة هو امكان الغوث أو عدم امكانه ، وذلك لأن آية الحـرابة عامة تتناول بعمومها كل محارب سواء أكان ذلك فى العمران أو فى غيره ولأن حصول الجريمة فى المصر يدل على خطورة الجناة وهو اكثر ضـررا فوجب أن يقام حد المحاربة فى المصر من باب اولى (١) .

ويشترط الشافعى لاعتبار الفعل حرابة الا يلحق المجنى عليه الغوث ويكون ذلك للبعد عن العمران أو السلطان فالمناط فى تحقق المحاربة هو امكان الغوث أو عدم امكانه (٢) .

ويشترط أبو حنيفة لاقامة الحد أن تكون الحـــرابة قد وقعت فى دار الاسلام ، فان كانت الحرابة قد حدثت فى دار الحرب فلا يجب الحد لأنه لا ولاية للامام فى دار الحرب .

والأئمة الثلاثة يوجبون الحد فى هذه الحالة مادام الفعل قد وقع على مسلم أو ذمى من مسلم أو ذمى لأن كلا من المسلم والذمى ملزم باحـــكام الاســـلام .

---

(١) التعزير فى الشريعة الاسلامية ـ الدكتور عبد العـــزيز عامر . ص ٢٠٢ .

(٢) التشريع الجنائى الاسلامى ـ الاستاذ عبد القادر عودة ـ ج ٢ ، ص ٦٤٥ ـ اشترطت المادة ٣/٤ من القانون الليبى رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٢ لتوافر جريمة الحرابة داخل العمران عدم أمكان الغوث .

كما تشترط المادة (١/أ) من مشروع قانون اقامة حد الحـرابة الذى أعدته اللجنة المشار اليها لتوافر الحرابة أن يقع الفعل فى طريق عام بعيدا عن العمران ، أو داخل العمران مع عدم امكان الغوث .

الاثبات فى الحرابة

تثبت الحرابة بالبينة والاقرار كما فى السرقة وعلى النحـــو الذى سلف بيانه عند التكلم فى اثبات جريمة السرقة (١) ٠

ويجيز مالك شهادة المجنى عليهم على الجناة ٠

ويجوز شهادة شاهدين من أهـــل الرفقة الذين قاتلوا المحـــاربين او وقعت عليهم الجريمة على الا يشهدا لأنفسهما بشىء ، ويجوز ان يشهد لهما غيرهما ، واذا لم يتوافر نصاب الشهادة أو كان الجانى قد أقـــر بجريمته ثم عدل عن اقراره فلا يجب الحد ٠

---

(١) يراجع ما أوردناه فى شأن الاثبـــات فى السرقة ص ١٦٩ من هـــذا المؤلف ـ هذا وقد تضمنت المواد ١٠ و ١١ ، ١٢ و ١٣ من مشـروع حد الحرابة الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل بجمهورية مصـــر الأحكام الخاصـــة بالاثبات فى هذا الحد ، وهى تماثل القواعـــد التى تضمنتها المواد ٩ و ١٠ و ١١ و ١٢ من مشروع اقامة حد الســـرقة الذى أعدته اللجنة انفة الذكر السالف بيانها فى الاثبات فى السرقة ٠

عقـــــوبة الحرابة

اختلف الفقهاء فى العقوبة التى توقع على المحاربين ، والأصل فى هذا أن الآية تضمنت أربع عقوبات لمن يرتكب هذه الجريمة وهى :

١ ـ القتـــل .

٢ ـ الصلب .

٣ ـ قطع الأيدى والأرجل من خلاف .

٤ ـ النفى من الأرض .

وقد جاءت هذه العقوبات معطوفة بحرف العطف (أو) وهـــــذا الحرف يجىء للتخيير بين شيئين أو اشـــياء تارة ، ويجىء للتنويـــع والتوزيع بالنظر الى حالات مختلفة تارة أخرى . ومن ثم نشأ اختـــلاف الفقهاء فى هذه العقوبات هل جاءت على وجه التخيير للامام الخيرة فى توقيع أيتها شاء على من شاء ممن تثبت قبله جريمة الحرابة أو ان هذه العقوبات جاءت مرتبة على الجنايات كل جناية يترتب عليها ما يناسبها من العقوبة .

فذهب مالك الى أن الامام مخير فى توقيع أى عقوبة من العقوبات المنصوص عليها فى الآية لمرتكب حد الحرابة فى ضوء ظروف وملابسات الجريمة لأن ذلك حد للحرابة فى ذاتها لا لجريمة من جـــرائمها . وأن الواو فى الآية للتخيير ولا يعدل عن ظاهر التخيير الا لمعنى . وقد قيـد مالك التخيير فى حالة القتل فجعل الخيار بين القتل والصلب فقط ، لأن عقوبة القتل فى الأصل القتل ، فلا يعاقب عليه بالقطع أو النفى ، وكذلك قيد التخيير فى حالة أخذ المال دون قتل فجعل للامام الخيار الا فى عقوبة

النفى ، لأن الحرابة سرقة مشددة وعقوبة السرقة فى الأصل القطـــع ، فلا يجوز أن يخول الامام النزول بالعقوبة عن القطع الى النفى (١) ٠

ويرى أبو حنيفة والشافعى وأحمد أن لفظ (أو) فى الآية الكـريمة جاءت للتنويع فى العقاب لتنوع الجرائم بين القتـل والسرقة واخـــافة الطريق ، وقد جعل الله عقوبة لكل جريمة من هذه الجرائم ٠ وحجة هذا الرأى أنه لا يمكن اجراء التخيير على ظاهره لأن الجزاء على قدر الجناية فالعقوبة ايذاء والجريمة اعتـداء ولابد ان تكون العقوبة متناسبة مـــع الجريمة ، وأنه روى عن ابن عباس أنه قال : « اذا قتلوا وأخذوا المـال قتلوا وصلبوا واذا قتلوا ولم يأخذوا المال قتلوا ولم يصلبوا واذا أخـذوا المال ولم يقتلوا قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف ، واذا أخافوا السبيل ولم يأخذوا المال نفوا من الأرض » (٢) ٠

ويرى أبو حنيفة وأصحابه أن عقوبة قطع الطريق تتنوع على النحو الآتى (٣) :

واذا أخذ الجانى المال من غير قتل : تقطع يده ورجله من خلاف ، أى تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى .

اذا قتل ولم يأخذ المال : يقتل ولا يصلب .

اذا قتل وأخذ المال : قال ابو حنيفة وزفر أن الامام مخير ان شاء ،

---

(١) بداية المجتهد ج ٣ ص ٥٢٦ ، حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٣٥٠ ٠
(٢) فتح القدير ج ٤ ص ٢٦٩ كشاف القناع ج ٢ ص ١٥٣ ـ العقوبة للشيخ محمد أبو زهرة ٠
(٣) فتح القدير ج ٤ ص ٢٧٠ .

(أ) قطع يده ورجله من خلاف ثم قتله وصلبه .

(ب) وله قتله بلا صلب وقطع وان شاء صلبه حيا ثم قتله (١) .

وقال أبو يوسف يقتل ويصلب لأن الصلب منصوص عليه فى الحد ، ولا يجوز ترك الحد وبه قال الشافعى وأحمد (٢) .

وقال محمد يقتل أو يصلب ولا يقطع لأن الجناية واحدة فلا توجب حدين (٣) .

واذا أخاف الطريق ولم يكن قد تمكن من القتل أو السرقة : ينفى من الأرض .

والمقصود بالقطع فى هذا الحد بالاجماع هو قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى ، وقد يحدث احيانا ان تكون يد المحارب اليمنى ورجله

---

(١) ، (٢) فتح القدير ج ٤ ص ٢٧٠ .

(٣) أخذ القانون الليبى رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٢ بالرأى القائل بتنوع العقاب بحسب أنواع الجرائم واختار القانون السجن فى تطبيق عقوبة النفى ، فنصت المادة ٥ منه على أن : يعاقب المحارب حدا على الوجه الآتى : (أ) بالقتل اذا قتل سواء استولى على مال أم لم يستول .

(ب) بقطع اليد اليمنى والرجل اليسرى اذا استولى على المال بغير القتل .

(ج) بالسجن اذا أخاف السبيل .

وقد نهج مشروع اقامة الحرابة الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل فى مصر ذات النهج فنصت المادة ٢ من المشروع على أن يعاقب على جريمة الحرابة حدا بالعقوبات الآتية :

(أ) بقطع اليد اليمنى والرجل اليسرى اذا ترتب على الاعتداء سلب المال دون قتل .

(ب) بالاعدام شنقا اذا ترتب على الاعتداء قتل نفس عمدا دون سلب المال .

(ج) بالاعدام شنقا أو بالاعدام ثم الصلب اذا ترتب على الاعتداء القتل عمدا وسلب المال .

(٢) بالسجن من ثلاث الى عشر سنوات اذا ترتب على الفعل ارهاب المارة دون قتل أو سلب .

اليسرى شلاء أو مقطوعة : وقد اختلف الفقهاء فى انتقال القطع فى هذه الحالة على النحو السابق بيانه فى حد السرقة (١) ٠

وقد ثار الخلاف بين الفقهاء فى امكان توقيع حد القطع فى الجريمة التالية للجانى العائد الذى سبق قطع يده اليمنى ورجله اليسرى وعما اذا كانت تقطع باقى اطرافه أو يستبدل بعقوبة القطع هذه عقوبة اخرى وذلك على النحو السابق تفصيله فى حد السرقة (٢) ٠

---

(١) ص ١٧٦ و ١٧٧ من هذا المؤلف ـ فتح القدير جـ٤ ص ٢٧١ ٠

تراجع المادة ٣٢ من القانون الليبى رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٢ التى تضمنت أحكام انتقال القطع فى جريمتى السرقة والحرابة الوارد نصها بهامش ص ١٧٧ من هذا المؤلف ٠

وقد تضمنت المادة ٢٢ من مشروع اقامة حد الحرابة الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل فى مصر ـ الأحكام الخاصة بانتقال القطع فى حد الحرابة ـ فنصت على ان تقطع اليد اليمنى والرجل اليسرى للمحكوم عليه ولو كانت شلاء أو مقطوعة لابهام أو الأصابع اذا لم يخش عليه من الهلاك فى حالة الشلل ويمتنع القطع فى الحالات الاتية :

(أ) اذا كانت يده اليسرى مقطوعة أو شلاء أو مقطوعة الابهام أو أصبعين سوى الابهام ٠

(ب) اذا كانت رجله اليمنى مقطوعة أو شلاء أو بها عرج يمنع المشى عليها ٠

(جـ) اذا ذهبت يده اليمنى ورجله اليسرى لسبب وقع بعد ارتكاب جريمة الحرابة ٠

واذا امتنع القطع تبدل العقوبة بالسجن مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على خمس عشرة سنة ، وفى هذه الحالة يعرض الأمر على المحكمة التى أصدرت الحكم لاستبدال العقوبة بعد التحقق من امتناع القطع للاسباب المبينة بالفقرة السابقة ٠

وجاء فى فتح القدير جـ ٤ ص ٢٦٩ فى حد الحرابة لو كانت يسراه شلاء لا يقطع يمينه وكذا رجله اليمنى لو كانت شلاء لا تقطع اليسرى ولو كان مقطوع اليد اليمنى لا تقطع له يد وكذا الرجل اليسرى ٠

(٢) ص ١٧٤ وما بعدها من هذا المؤلف ويراجع نص المادة ١٣ من القانون الليبى رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٢ فى هامش ص ١٧٣ من هذا المؤلف ٠

معنى النـــفى :

اختلف الفقهاء فى معنى النفى المراد بقوله تعـــالى (أو ينفوا من الأرض) . فقال بعض الفقهاء ومنهم الحسن البصرى وابراهيم النخعى، ان النفى هو التشريد فى البلاد حتى يلتحق الجناة بدار الحرب .

وقال الحنابلة والشافعية : النفى هو نقل المحارب الى بلد غيـــر البلد الذى ارتكب فيه الجريمة .

وفى مذهب احمد ان كانوا جماعة نفوا متفرقين ، فينفى كل واحـد منهم الى جهة خشية أن يجتمعوا على المحاربة مرة اخرى (١) .

وقال مالك : ان المراد بذلك ان ينفى المحارب الى بلد ويحبس فيه. لأن مجرد النفى الى بلد آخر لا يحقق المقصود فى رايه فوجب ان يحبس فى بلده النفى .

وقال أبو حنيفة : ان النفى هو الحبس ولو فى البـلد الذى ارتكبت فيه الجريمة . لأن قوله تعالى (او ينفوا من الأرض) لا يمكن ان يرادبه

= ولم يجز مشروع حد الحرابة الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل فى مصر قطع الجانى العائد بعد قطع يده اليمنى ورجله اليســــرى - فنصت المادة ١٥ من المشروع على انه اذا عاد الجـانى الذى نفذت عليه عقوبة القطع فى جريمة الحرابة الى ارتكاب فعل من افعـــال الحرابة يوجب حد الاعدام أو الاعدام ثم الصلب وقعت عليه هاتان العقـوبتان ، فاذا لم يرتكب من أفعال الحرابة ما يوجب هاتين العقوبتين يعـــاقب بالسجن من خمس سنوات الى عشر سنوات ، فاذا تكرر العود تكـــون العقوبة السجن لمدة لا تقل عن عشر سنوات .

(١) كشاف القناع - ج ٦ ص ١٥٣ .

حقيقة لأن الخروج من أرض الله تعالى مستحيل ما دام المحارب حيا فلابد من المجاز الذى يتفق مع هدف العقاب وذلك يتحقق بالحبس (١) ٠

ومدة النفى عند أبى حنيفة ومالك والشافعى ، والراجح فى مذهب أحمد غير محدودة فيظل الجانى محبوسا حتى تظهر توبته ، وذلك لأن النفى عقوبة للمحارب مالم يحددها النص فهى باقية على المحـارب مالم يترك المحاربة بالتوبه ٠

ويرى البعض ان تكون مدة النفى عاما قياسـا على التغــريب فى الزنا (٢) ٠

الصلب :

اختلف الفقهاء فى كيفية الصلب المنصوص عليه فى الآية :-

فيرى أبو حنيفة والشافعى وأحمد : أن الصلب يرد بعـد القتــل ، فيقتل المحارب أولا ثم يصلب مقتولا ٠ وحجة هذا الرأى ان القتل ورد فى الآية قبل الصلب ، فيجب أن يتقدمه فى الفعل ، وان الصلب قبل القتــل فيه تعذيب للجانى وهو ما نهى عنه رسول الله حيث روى عنـه صلى الله عليه وسلم انه قال : « اذا قتلتم فأحسنوا القتلة » .

---

(١) فتح القدير جـ ٤ ص ٢٧٠ ، والعقوبة ـ الشيخ محمد أبو زهرة ص ١٧٢ و ١٧٣ ٠

(٢) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٢٧٠ .

وأصحاب هذا الرأى يرون أن الصلب ليس عقـــوبة فرضت لردع الجانى وانما هى عقوبة شرعت للزجر فالمقصود من الصلب اشتهار أمـر المحارب فيرتدع بذلك غيره (١) ٠

ويرى مـالك وأبو سيف ، أن يـكون الصلب قبل القتل ، فيصلب الجانى على خشبة ثم يقتل وهو مصلوب ٠ وحجتهما ان الصـلب عقوبة نصت عليها الآية ، وهى لا توقع على ميت فوجب ان يتقدم الصـــلب القتل ، ولأن المقصود بالصلب الزجر ، وان الصلب على هذا الوجه ابلغ فى تحقيق المقصود به (٢) ٠

ونظرا لعدم تحديد مدة الصلب بنص ، فقد اختلف فى مـــدته ، فراى البعض أن الهدف من الصلب اشهار امر الجانى فتكون مـدة الصلب بالقدر اللازم لاشهار امره ٠

وقال الشافعى وأبو حنيفة : أنه لا يصلب اكثـــر من ثلاثة أيام لأنه يتغير بعدها فيتاذى به الناس (٣) ٠

---

(١) كشاف القناع جـ ٦ ص ١٥٠ ـ المهذب جـ ٢ ص ٢٨٤ ٠

(٢) حاشية الدسوقى جـ ٤ ص ٣٤٩ ـ المحـلى جـ ١١ ص ٣١٥ ـ ٣١٨ ـ فتح القدير جـ ٤ ص ٢٧٠ و ٢٧١ ٠

(٣) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٢٧١ ٠

ضمان المال فى الحرابة

يرى الشافعى وأحمد الجمع بين الحد والضمان فى جريمة الحرابة، والقاعدة عند أبى حنيفة ومالك انه لا يجمع بين الحد والضـمان على ما سلف ايضاحه عند التكلم فى جريمة السرقة .

وعند أبى حنيفة ينفى الحد فى الحرابة وجوب ضمان الجـراحات لأن الجراحات الخطأ فيها الدية ويسلك بها مسلك الأموال فالضـمان فى الجراحات بنوعيها مال ولا يجب ضمان المال مع الحد ، وأما مالك فيدخل الجراح فى الحد ويعتبر الحد عقوبة عنها (١) .

التـــداخل

يجرى التداخل فى جريمة الحرابة ، فلو ارتكب الجـانى اكثر من جريمة حرابة عوقب عنها جميعا مرة واحدة اذا كان الفعـــل الذى آتاه واحدا ، فان كان الفعل مختلفا عوقب بعقوبة الفعل الأشد عقوبة (٢) .

---

(١) بدائع الصنائع - ج ٧ ص ٩٥ التشريع الجنائى الاسلامى - للاستاذ عبد القادر عودة ج ٢ ص ٦٥٩ .

(٢) المهذب ج ٢ ص ٢٨٤ .

تضمنت المادة ١٢ من القانون الليبى رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٢ فى شان اقامة حدى السرقة والحرابة القواعد التى تطبق فى حالة تعدد الجـرائم والعقوبات وهو ما يعرف فى الشريعة الاسلامية بالتداخل فنصت على انه

١ - اذا ارتبطت أو تعددت جرائم الجانى المعاقب عليها حـــدا يعاقب على الوجه الآتى :

. . . .

. . . .

= (أ) اذا كانت العقوبات متحدة الجنس ومتســـاوية القدر وقعت عقوبة واحدة .

(ب) وان كانت العقوبات متحدة الجنس ومتفاوتة القـــدر وقعت العقوبة الأشـــد .

(جـ) واذا كانت العقوبات مختلفة الجنس وقعت جميعا .

٢ - أما اذا كان من بين الجرائم المنسوبة الى الجانى جرائم أخرى معاقب عليها بموجب قانون العقوبات او أى قانون آخر فتوقـع عقوبات الحدود لأحكام الفقرة السابقة ، وذلك دون الاخلال بالعقوبات المقـررة على الجرائم الاخرى .

٣ - وتجب عقوبة القتل (الاعدام) حدا أو قصاصـا أو تعـزيرا العقوبات الاخرى ومقتضى هذه الاحكام :

اذا كانت العقوبات متحدة الجنس ومتساوية القدر ، كان يســرق سرقات متعددة عقوبة كل منها القطع أو يرتكب عدة جرائم حرابة معاقب عليها بالقطع فلا يقام عليه الا حد واحد (أخذا بقول جمهور الفقهاء) .

- اذا كانت العقوبات متحدة الجنس متفـاوتة القدر ، كأن يرتكب جريمة سرقة معاقب عليها بقطع اليد وجريمة حرابة معاقبا عليها بقطع اليد والرجل من خلاف فإنه يكتفى بتوقيع العقوبة الاشد وهى عقـــوبة الحرابة (أخذا بقول مذهب المالكية) .

- أن تكون العقوبات مختلفة الجنس ، كما يرتكب جريمة ســرقة معاقبا عليها بقطع اليد وجريمة حرابة معاقبا عليها بالنفى (الســجن) فيوقع الحدان (أخذا بقول جمهور الفقهاء) .

- اذا تعددت الجرائم واختلفت العقوبات وكان من بينها عقـــوبة القتل (الاعدام) . فانه يكتفى بعقوبة القتل (اخذا بمذهب أبى حنيفة ومالك) .

- توقع عقوبات الحدود ، دون اخلال بالعقوبات الواردة فى قانون العقوبات او قوانين اخـــرى (نظام التجريم والعقـــاب فى الاسلام - المستشار على على منصور - ص ٣٥٢ و ٣٥٣) .

وتنص المادة ٢٠ من مشروع اقامة حد الحرابة الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل فى مصر على أن : « يعتبر عقوبة قطع اليد والرجل من خلاف وعقوبة قطع اليد سابقتين فى الترتيب على العقـوبات المبينة فى المادة ٣٤ من قانون العقوبات وفى جميـــع الأحـــوال تجب هاتان العقوبتان باقى العقوبات الســـالبة للحرية الواردة فى ذلك القانون اذا كانت عن جرائم وقعت قبل الحكم بعقوبة الحد » .

مسقطات الحد

يسقط حد الحرابة بما يسقط به حد السرقة على النحو الذى سبق بيانه ، عند التكلم عن السرقة مع ملاحظة أن بعض هذه الأسباب تتعلق بأخذ المال ولا أثر له فى حالة القتل أو اخافة السبيل ، كما يسقط حد الحرابة بالتوبة .

التوبة فى الحرابة

استثنى النص من أقامة الحد من يتوبون قبل القدرة عليهم أى قبل أن تمتد اليهم يد الامام ، أما التوبة بعد ان تمتد اليهم يد الامام فلا تسقط الحد ، لأن التوبة قبل القدرة على المحاربين تكون فى الأغلب توبة صادقة ، أما التوبة بعد القدرة عليهم وامتداد سطوة السلطة اليهم فيشوبها مظنة اتقاء اقامة الحد ، ولأن قبول التوبة قبل القدرة ترغيبا للجانى فى التوبة (١) .

---

(١) تنص المادة ٦ من القانون الليبى رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٢ على أن : يسقط حد الحرابة بتوبة الجانى قبل القدرة عليه وذلك باحدى الطريقتين الاتيتين :

(أ) اذا ترك الجانى فعل الحرابة قبل علم السلطات بالجريمة وشخص مرتكبها بشرط اعلان توبته الى النيابه العامة بأية وسيلة كانت.

(ب) اذا سلم نفسه طائعا الى الشرطة أو النيابة العامة قبل ظهور قدرة السلطة عليه .

٢ - ولا يخل سقوط الحد بالتوبة بحقوق المجنى عليهم من قصاص أو دية ، كما لا يخل بالعقوبات المقررة فى قانون العقوبات عن الجرائم التعزيرية التى يكون المحارب قد ارتكبها .

وتنص المادة ٦ من مشروع اقامة حد الحرابة الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل فى مصر على ان : يسقط حد الحرابة اذا ترك الجانى تائبا باختياره ما هو عليه من الحرابة قبل القدرة عليه ، وذلك بإحدى الطريقتين الاتيتين :

=

وقد فرض الفقهاء حالتين :

الأولى : أن تكون التوبة قبل ان يرتكبوا أى جريمة غير مجرد الحرابة فلم يقتلوا ولم يسرقوا ، وهؤلاء لا عقوبة عليهم لأن التوبة كانت قبل القدرة عليهم ، ولم يتعلق بهم حق لآدمى ولأن حق الله تعالى موضع عفوه .

الثانية : ان يكونوا قد ارتكبوا جرائم لها حدود وقصاص .

قال جمهور الفقهاء ، ان ما ارتكبوه من جرائم القصاص لا يسقط لانها من حقوق العباد التى لا تقبل السقوط الا أن يعفو ولى الدم ، ولكن العقوبة لا تكون فى هذه الحالة حدا وانما تكون قصاصا يتعين توافر شروطه بان يطالب ولى الدم بالعقوبة وله ان يعفو او يقتص ، واذا أخذوا ما يوجب حد السرقة فانهم يغرمون المال ولا يقام عليهم حد السرقة ، وذلك لأن التوبة اسقطت حد الحرابة فاولى ان تسقط ما يكون من جزئيات المحاربة من الاعتداء بالسرقة ولكن يبقى حق الشخص فى المال .

واذا ارتكب المحارب ما يوجب حدا لا يختص بالمحاربة كالزنا والقذف وشرب الخمر فانها لا تسقط بالتوبة عند مالك وأهل الظاهر .

= (أ) اذا ترك فعل الحرابة قبل علم السلطات بالجريمة وبشخص مرتكبها بشرط اعلان توبته الى سلطات الامن أو النيابة العامة بأى وسيلة كانت .

واما عند الشافعى واحمد ففى مذهبهما رايان :

الأول : أنها جميعا تسقط بالتوبة لأنها حدود الله تعـالى فتسـقط بالتوبة كحد المحاربة الا حد القذف ، لأنه حق شخصى لا يسـقط بالتوبة كالقصاص ٠

الثانى : انها لا تسقط لأنها لا تختص بالمحاربة فكان شان المحـارب بالنسبة لهذه الجرائم شان غيره (١) ٠

كيف تتحقق التوبة :

التوبة أمر بين الانسان وخالقه ، الا انه كى يترتب على حصـولها سقوط الحد لابد أن يتوافر لها مظهر مادى ينم عنها ويدل عليها ، وهذا يتحقق بامرين أو باحدهما :

الأول : اذا ما ترك المحارب ما هو عليه من المحاربة وان لم يسـلم نفسه الى الامام أى بترك المكان الذى كان يباشر فيه جريمته ٠

الثانى : أن يلقى سلاحه ويأتى الامام طائعا قبل القدرة عليـه

---

(١) المهذب ـ ج ٢ ص ٢٨٥ ـ كشاف القناع ج ٦ ص ١٥٣ والعقوبة ـ الشيخ محمد أبو زهرة ـ ص ١٧٤ ، ١٧٥ ، ٢٧٦ ٠

الشروع فى قطع انطريق

اذا بدأ الجناة فى تنفيذ جريمة قطع الطريق ولكن التنفيذ خـــاب أثره لسبب لا دخل لإرادة الجناة فيه فلا يقام حد الحرابة لأن الجريمة لم تتم ، وأن الحد تقرر للجريمة التامة ولكن الجناة يعزرون لارتكابهـم معصية ليست لها عقوبة مقدرة .

وعند الحنفية والشافعية اذا قصد الجناة قطع الطريق وخـــرجوا لارتكاب هذه الجريمة وضبطوا قبل ان ياخذوا مالا أو يقتلوا نفسا فانهم يعزرون سواء أخافوا الطريق أو لم يخيفوه .

ويرى مالك والحنابلة أنه اذا اقتصر الأمر على خروج الجناة دون ان ينصبوا عدتهم للمحاربة أو يخيفون الطريق فانهم يعزرون ، أمـا اذا قبض على الجناة بعد أن يكونوا قد أخافوا الطريق ولو لم ياخـذوا مالا او يقتلوا نفسا فانهم محاربون يقام عليهم الحد لارتكابهم جريمة حرابة تامة (١) .

---

(١) التعزير فى الشريعة الاسلامية - للدكتور عبد العزيز عامر ، ص ٢٠٣ ، ٢٠٤ ، ٢٠٥ .

لا يعاقب القانون الليبى رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٢ بالحد على الشروع فى الحرابة (م ١/١١) على ما سلف بيانه ص ١٨٨ من هـذا المؤلف .

وتنص المادة ٤ من مشروع اقامة حد الحرابة الذى أعدته اللجنــة المشكلة بوزارة العدل فى مصر على ان تعتبر جريمة الحرابة جنـاية ، ولا عقاب على الشروع فيها ما لم يكن هذا الشروع جريمة وفقا لاحــكام قانون العقوبات أو أى قانون اخر فيحكم بالعقوبة التعزيرية المقـــررة بمقتضاه .

مقارنة بين جريمتى السرقة والحرابة فى الشريعة الاسلامية وجريمة السرقة فى القوانين الوضعية

يبين من دراسة حد السرقة وحد الحرابة فى الشريعة الاسلامية ان السرقة فى الشريعة الاسلامية نوعان : سرقة عقوبتها الحد وسرقة عقوبتها التعزير والسرقة المعاقب عليها بالحد نوعان : سرقة صغرى وسرقة كبرى أو حرابة ٠ والفرق بين السرقة الصغرى والكبرى هو ان السرقة الصغرى المعاقب عليها بالحد يؤخذ فيها المال خفية دون علم المجنى عليه ودون رضاه ٠ أما عدا ذلك من نهب وغصب واختلاس فيطلقون عليه لفظ الاختلاس بصفة عامة ٠

أما السرقة الكبرى فيؤخذ فيها المال بعلم المجنى عليه ، ولكن بغير رضاه وعلى سبيل المغالبة ٠

وأخذ مال الغير يعاقب عليه فى الشريعة الاسلامية بعقوبة تعزيرية اذا لم تتوافر فى السرقة شروط الحد أو درىء فيها الحد للشبهة ، على ما سبق بيانه عند التكلم فى حد السرقة ٠

والسرقة الصغرى التى يعاقب عليها فى الشريعة بحد السرقة وحالات أخذ مال الغير التى لا تتوافر فيها شروط الحد والتى يعاقب عليها بعقوبة تعزيرية فى الشريعة الاسلامية ٠ وكذلك جريمة قطع الطريق تعاقب عليها جميعها القوانين الوضعية ، ومنها قانون العقوبات المصرى ٠

وقد تناول قانون العقوبات المصرى جريمة السرقة فى الباب الثامن

من الكتاب الثالث منه فى المواد من ٣١١ الى ٣٢١ ، وعرفت المادة ٣١١ السرقة بأنها اختلاس منقول مملوك للغير فنصت على أن « كل من اختلس منقولا مملوكا لغيره فهو سارق » ، وقد ذهب الشـــراح على ان أركان جريمة السرقة فى القانون أربعة :

١ ـ فعل مادى هو الاختلاس ٠

٢ ـ ان يكون الشىء المختلس منقولا ٠

٣ ـ أن يكون المنقول مملوكا للغير ٠

٤ ـ القصد الجنائى ٠

وقد نصت المواد ٣١٣ الى ٣١٦ من قانون العقوبات على ظـــروف معينة اذا لحقت السرقة جعلتها جناية لا مجرد جنحة ٠

والجريمة المنصوص عليها فى المادة ٣١٥ من قانون العقوبات تقابل فى الجملة جريمة قطع الطريق فى الشريعة الاسلامية ، فتنص هذه المادة على أنه : « يعاقب على السرقات التى ترتـكب فى الطرق العموميـــة بالأشغال الشاقة المؤبدة او المؤقتة فى الأحوال الاتية :

أولا : اذا حصلت السرقة من شخصين فاكثر ، وكان أحـــدهم على الأقل حاملا سلاحا ظاهرا أو مخبأ ٠

ثانيا : اذا حصلت السرقة من شخصين فاكثر بطريق الاكراه ٠

ثالثا : اذا حصلت السرقة ولو من شخص واحد حامل سلاحا وكان ذلك ليلا أو باكراه أو تهديد باستعمال السلاح » ٠

وتنص المادة ٣١٧ من قانون العقوبات على جنح السرقة ذات الظروف المشددة التى يعاقب عليها بالحبس مع الشغل الذى قد تصل مدته الى ثلاث سنين وذلك فى تسع فقرات ، وهى السرقات التى تحصل فى مكان مسكون أو معد للسكنى أو من ملحقاته أو من احدى المحلات المعدة للعبادة ، والسرقات التى تحصل من مكان مسور بواسطة كسر من الخارج أو تسور ، أو باستعمال مفاتيح مصطنعة ، والسرقات التى تحصل بكسر الاختام ، والسرقات التى تحصل ليلا ، والسرقات التى تحصل من شخصين فاكثر ، والسرقات التى تحصل من شخص واحد يكون حاملا سلاحا ظاهرا أو مخبأ ، والسرقات التى تحصل من الخدم بالأجرة اضرارا بمخدوميهم أو من المستخدمين أو الصناع أو الصبيان فى معامل أو حوانيت من استخدموهم أو من المحلات التى يشتغلون فيها عادة ، وعلى السرقات التى تحصل من المحترفين بنقل الاشياء فى العربات أو المراكب أو على دواب الحمل أو اى انسان اخر مكلف بنقل أشياء أو أحد اتباعهم اذا سلمت اليهم الأشياء المذكورة بصفتهم السابقة ، والسرقات التى ترتكب اثناء الحرب على الجرحى حتى من الأعداء .

وتعاقب المادة ٣١٨ من قانون العقوبات بالحبس مع الشغل مدة لا تتجاوز سنتين على السرقات التى لم يتوفر فيها شىء من الظروف المشددة المنصوص عليها فى المادة ٣١٧ المشار اليها .

واذا أجرينا مقارنة بين احكام الشريعة الاسلامية وقانون العقوبات المصرى الوضعى فى السرقات نتبين ان الشريعة تعاقب على نفس الافعال التى يعاقب عليها القانون باعتبارها سرقة ، فالشريعة تعاقب على اخذ المال خفية ، (السرقة الصغرى) ، وعلى اخذها مغالبة . اى بالاكراه والتهديد فى الطرق العامة وغيرها ، (السرقة الكبرى أو الحرابة) ،

كما تعاقب بعقوبة تعزيرية على أخذ مال الغير بغير استخفاء كالأخذ بالاختلاس أو بالانتهاب أو بالخيانة ، ويعتبر القانون الوضعى بعض هذه الجرائم جنحة يعاقب عليها بالحبس والبعض الاخر يعاقب بعقوبة الجناية كالسرقة التى تقع فى الطريق العمومية من شخص أو أشخاص يحملون سلاح أو باكراه او تهديد باستعمال السلاح ، أو بالاكراه والسرقة التى تحصل ليلا من شخصين فاكثر يكون احدهم حاملا سلاحا والسرقات التى تقع على اسلحة الجيش أو ذخيرته والسرقات التى تقع على مهمات او ادوات مستعملة أو معدة للاستعمال فى المواصلات التليفونية او التلغرافية ، على أن هناك فروقا بين السرقة المعاقب عليها بالحد فى الشريعة الاسلامية والسرقة فى مفهوم القانون الوضعى نورد اهمها فيما يلى :

أولا : بالنسبة للركن المادى :

الركن المادى فى السرقة التى توجب الحد فى الشريعة هو الاخذ على سبيل الاستخفاء وبناء على ذلك لا يقام الحد على اخذ مال الغير علانية ، فى حين أن الركن المادى فى السرقة فى القانون الوضعى وهو الاختلاس يتسع ليشمل صور اغتيال مال الغير بدون رضائه سواء علم بالسرقة أو لم يعلم ، فمتى أخذ الشىء على غير رضا المجنى عليه يتوافر ركن الاختلاس فالسرقة تقع ولو حصل الأخذ بعلمه وعلى مرآى منه لجواز أن يكون عاجزا عن رد السارق أو مقاومته ، ولا نزاع فى أن الخطف والنهب من ضروب السرقة المعاقب عليها فى القانون الوضعى ، فى حين أنه لا يعاقب عليها بحد فى الشريعة الاسلامية وانما تواجه بعقوبة تعزيرية ٠

ثانيا : بالنسبة للمال المأخوذ :

ثار الخلاف بين الفقهاء فيما اذا كان حد السرقة يقام فى سرقة ادوات اللهو ، ومال الحربى والمستامن ، والاشياء مباحة الأصل والتافهة

والأموال التى يتسارع اليها الفساد ، والمصاحف والكتب المشـــتملة على العلوم الشرعية ، والثمار المعلقة على الأشجار ، وسرقة الصليب ، وذلك على النحو السالف بيانه ، فى حين أن القانون الوضعى يعاقب على هذه السرقات جميعها ٠

وطبقا لأحكام الشريعة الاسلامية يشترط لاقامة حد السرقة أن يكون المال المأخوذ مالا متقوما ، فلا يقام الحد على سرقة الأشياء التى حرمها الاسلام كالخمر ولحم الخنزير ٠ ويستوى أن يكون صاحب المال مسلما أو غير مسلم ، وأن يكون السارق مسلما أو غير مسـلم ، لأن العبرة ليست بالمالك أو السارق وانما العبرة بتقوم المال أو عدم تقومه ٠

ولا يشترط القانون الوضعى أن يكون الشىء مما يبـاح حيـازته قانونا ، بل يمكن أن يكون الشىء المنقول محلا للسرقة ولو كانت حيازته تعد جريمة فى نظر القانون ، كالمواد المخدرة والأسلحة الممنوع احرازها الا برخصة ٠

ثالثا : بالنسبة لشرط الحرز :

يشترط جمهور الفقهاء فى السرقة التى توجب الحـد ان يــكون المسروق فى حرز ، ولا يشترط القانون المصرى ذلك وان كانت المادة ٣١٧ من قانون العقوبات آنفة الذكر قد شددت العقوبة على الســرقات التى تحصل من مكان مسكون أو معد للسكنى ، أو على السرقات التى تحصل من مكان مسور ٠

وقد رتب الفقهاء على وجوب توافر شرط الحرز عدم وجوب الحد فى السرقة التى تحصل من المكان المأذون بدخوله ، والسرقة بين الأقارب والزوجين وسرقة النباش ، وذلك على التفصيل السابق بيانه ، وقد أورد القانون المصرى نصا خاصا فى شأن السرقة التى ترتكب اضرارا بالزوج

أو الزوجة أو الأصول أو الفروع . فنصت المادة ٣١٢ من قانون العقوبات على أنه لا تجوز محاكمة من يرتكب سرقة اضرارا بزوجه أو زوجته أو أصوله أو فروعه الا بناء على طلب المجنى عليه . وللمجنى عليه ان يتنازل عن دعواه بذلك فى أية حالة كانت عليها ، كما له ان يوقف تنفيذ الحكم النهائى على الجانى فى اى وقت شاء .

رابعا : بالنسبة لشرط النصاب :

يشترط فى السرقة التى توجب الحد ان تبلغ قيمة المسروق نصابا معينا على ما سلف بيانه .

أما القانون الوضعى فلا يشترط لتوافر السرقة أن تبلغ قيمة المسروق نصابا معينا ، فتتوافر السرقة ولو لم يكن للمسروق سوى قيمة أدبية لا يقدرها سوى المجنى عليه أو السارق كتذكار أو أثر عائلى .

خامسا : بالنسبة لكون المال المسروق مملوكا للغير بلا شبهة :

يشترط لاقامة الحد أن يكون المال المسروق مملوكا للغير بلا شبهة ، وقد اختلف الفقهاء عند تطبيق هذا الشرط فى توافر السرقة من بيت المال أو المغنم وفى سرقة مال الشريك وفى سرقة الدائن من مدينه .

والسرقة من بيت المال وكذلك سرقة الدائن من مدينه يعاقب عليها القانون الوضعى ، وكذلك يعاقب الجانى اذا كان المال المسروق مملوكا للسارق بالاشتراك مع غيره - فاستيلاؤه عليه يعد سرقة مهما كان مصدر الشيوع ميراثا ام عقد شركة ، وينبغى الا يكون المال المشترك فى حيازة الشريك السارق لأنه اذا كان فى حيازته وجب اعتبار الواقعة خيانة أمانة لا سرقة .

سادسا : بالنسبة لمسئولية الشريك :

أحكام القانون الوضعي تسوى فى التأثيم والعقاب فى الجرائم بين الفاعل الأصلى الذى يباشر الجريمة بنفسه وبين الشريك الذى يساهم فى ارتكابها بالاتفاق او التحريض أو المساعدة ، فتنص المادة ٤٠ من قانون العقوبات المصرى على أن يعد شريكا فى الجريمة (اولا) كل من حرض على ارتكاب الفعل المكون للجريمة اذا كان الفعل قد وقع بناء على هذا التحريض (ثانيا) من اتفق مع غيره على ارتكاب الجريمة فوقعت بناء على هذا الاتفاق (ثالثا) من أعطى الفاعل او الفاعلين سلاحا أو آلات أو اى شىء اخر مما استعمل فى ارتكاب الجريمة مع علمه بها أو ساعدهم باى طريقة اخرى فى الأعمال المجهزة أو المسهلة أو المتممة لارتكابها ـ وتنص المادة ٤١ من القانون المذكور على أن « من اشترك فى جريمة فعليه عقوبتها الا ما استثنى قانونا بنص خاص » وعلى مقتضى هذا يعاقب الفاعل والشريك فى السرقات المنصوص عليها فى القانون الوضعى .

وأما فى الشريعة الاسلامية ، فيطلق على من يرتكب الأفعال التنفيذية للجريمة الشريك المباشر وعلى من يرتكب الأفعال المعاونة الشريك بالتسبب . ويرى جمهور الفقهاء أن الحد لا يوقع الا على من باشر الفعل دون الشريك بالتسبب وتطبق هذه القاعدة فى حد السرقة على خلاف ما تقضى به أحكام القانون الوضعى .

واما بالنسبة للحرابة ، فقد ذهب جمهور الفقهاء (عدا الشافعى) الى أن كل من ساهم فى افعال المحاربة يعتبر محاربا ويوقع عليه الحد سواء كان شريكا بالمباشرة أو شريكا بالتسبب ، محرضا أو معينا عليها

استنادا الى أن المحاربة على خلاف غيرها من الحدود تقوم على المعاونة والمؤازرة وأن دور المعين فيها لا يقل عن دور المباشر .

سابعا : بالنسبة للعقوبة فى حالة العود :

طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية لا يجوز تشديد العقوبة الحدية فى حالة العود ، لأن الحدود عقوبات محددة لا مجال للزيادة أو النقص فيها ولا يجوز تجاوزها ، ولذلك اذا قارف شخص جريمة سرقة واقيم عليه الحد ثم عاد الى ارتكاب سرقة أخرى فان الحد لا يزداد لأنه كاف وحده للردع وانما قام الخلاف بين الفقهاء فى امكان توقيع حد القطع على الجانى الذى سبق قطع يده وعما اذا كان يجوز قطع باقى أطرافه أم تستبدل بعقوبة القطع عقوبة أخرى على النحو السالف بيانه .

أما فى القوانين الوضعية فالأصل تشديد العقاب فى حالة العود لردع الجانى الذى لم يردع بالعقاب الذى سبق توقيعه عليه .

ثامنا : اشتراط الخصومة :

اشترط بعض الفقهاء الخصومة ممن له يد صحيحة على الشىء المسروق لوجوب الحد ، أما فى القانون الوضعى فلا أثر لعدم الاهتداء الى معرفة المالك للمسروق متى كانت ظروف الواقعة تشير بذاتها ان الأشياء المأخوذة مملوكة لغير الجانى .

تاسعا : طرق اثبات حد السرقة :

اخذت الشريعة الاسلامية فى اثبات جرائم الحدود بنظام الدليل

المحدد ولم تترك اثباتها لتقدير القاضى . والدليل المقبول فى اثبات جرائم الحدود طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية هو الاقرار والشهادة ، وتثبت السرقة بهذين الدليلين على ما سلف بيانه ، والاثبات فى جرائم الحدود يعتبر ركنا موضوعيا فى الجريمة فاذا لم يتوفر انتفت الجريمة لعدم تكامل اركانها فان الفعل يكون جريمة اعتداء على مال الغير يختلف عن السرقة الحدية يعاقب عليها بعقوبة تعزيرية ، وتثبت دون التقيد بدليل معين على ما هو مقرر فى اثبات الجرائم التعزيرية .

أما فى القانون الوضعى ، فالقاضى حر فى تكوين اعتقاده بالنسبة لثبوت السرقة دون التقيد بدليل معين مادامت الأدلة التى يستند اليها فى الثبوت تؤدى الى ما ينتهى اليه حكمه وذلك عملا بمبدأ حرية الاثبات فى المسائل الجنائية المطبق فى القانون الوضعى .

● ● ●

الفصل الثالث

جـــــريمة الزنا

تعريف جريمة الزنا :

يعرف الحنفية الزنا بأنه : وطء الرجل للمرأة فى القبل فى غيـر الملك وشبهة الملك [١] .

وعند مالك : وطء مكلف فرج آدمى قبلا أو دبرا لا ملك فيه تعمدا [٢]

وعند الشافعية : ايلاج حشفة أو قدرها فى فرج (قبل أو دبر) من ذكر أو أنثى .

وعند الحنابلة : فعل الفاحشة فى قبل أو دبر [٣] .

وعند الظاهرية : وطء الرجل من لا يحل له النظر الى مجردها وهو عالم بالتحريم [٤] .

---

(١) فتح القدير ج ٤ ص ١٣٨ .
(٢) حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٣١٣ .
(٣) كشاف القناع ج ٦ ص ٨٩ .
(٤) المحلى ج ١١ ص ٢٢٩ .
عرفت المادة (أ) من القانون الليبى رقم ٧٠ لسنة ١٩٧٣ فى شأن اقامة حد الزنا بأن « الزنا هو أن يأتى رجل وأمرأة فعل الجماع بغير ان تكون بينهما علاقة الزوجية المشروعة » .
وتنص المادة (١) من مشروع حد الزنا الذى اعدته اللجنة المشكلة

اركان جريمة الزنا

يبين من هذه التعاريف لجريمة الزنا أن الفقهاء يختلفون فى تعريف الزنا ولكنهم يتفقون على أن الزنا هو الوطء المحرم المتعمد ، وعلى ذلك فان لجريمة الزنا ركنين :

١ ـ الوطء المحرم ٠

٢ ـ تعمد الوطء أى القصد الجنائى ٠

الركن الاول : الوطء المحرم

المقصود بالوطء المحرم ، ادخال المكلف أى العاقل الكامل العقل المريد المختار الحشفة أو قدرها اذا لم يكن للذكر حشفة فى الفرج على وجه محظور ، سواء تحقق الانتشار أو لم يتحقق وسواء حدث انزال أو لم يحدث ويعتبر الوطء زنا ولو وجد حائل بين الذكر والفرج ، طالما كان هذا الحائل رقيقا لا يمنع الشعور باللذة ، وهو بالنسبة للمـــرأة تمكينها الرجل من مثل هذا الفعل (١) ٠

بوزارة العدل بجمهورية مصر على أنه : « يقصد بالزنا فى تطبيق احكام هذا القانون الوطء الحاصل بين رجل وامرأة بالغين باجر أو بغير اجر فى غير ملك ولا شبهة » ٠

وتنص المادة ١٠٩ من مشروع مدونه قانون العقوبات الكويتى على ان « الزنا هو أن ياتى رجل فعل الجماع مع أمراة محرمة عليه لذاتهامع علمه بذلك أو تمكين المراة لمثل هذا الفعل من رجل محرم عليها مـــع علمها بذلك » ٠

(١) فتح القدير ج ٤ ص ١٣٩ ـ المهذب ج ٢ ص ٢٦٧ ـ حاشـية الدسوقى ج ٤ ص ٣١٣ ٠

وطبقا لهذا المفهوم للوطء الذى يعتبر زنا ، فان الوطء فيما دون الفرج كالمباشرة خارج الفرج وكالمفاخذة أى الايلاج بين الفخذين والايلاج فى مغابن البطن وعناق امرأة أجنبية أو النوم معها فى فراش واحـــد وتقبيلها ، وان اعتبرت منكرا فان هذه الأفعال ليس فيها عقوبة مقدرة لأنها لا تعتبر زنا وان كانت من مقدماته (١) .

والقاعدة ان الوطء المحرم المعتبر زنا هو الوطء فى غير ملك ، أما اذا حدث الوطء أثناء الزواج فلا يعتبر زنا ولو كان الوطء محرما كوطء الزوجة الصائمة والنفساء والحائض لأن التحريم فى هذه الحالة عارض ولأن للزوج التسلط عليها شرعا من حيث ذاتها لولا العارض (٢) .

واذا لم يرتكب الفعل على النحو السابق بيانه فلا يعتبر زنا يستوجب اقامة الحد ، وانما يعتبر معصية تتمخض عن جريمة تامة ليس لها عقوبة مقدرة ويعاقب عليها بعقوبة تعريرية .

وقد اختلف الفقهاء فى مدى توافر الزنا فى بعض صور الوطء نورد أهمها فيما يلى :

الوطء فى الدبر :

اتفق الفقهاء على تحريم اللواط وانه من الكبائر للأحاديث المتواترة فى تحريمه ولعن فاعله ، ولكنهم اختلفوا فى عقوبة الفاعل والمفعول به فى اللواط ، فمنهم من يرى أن اللواط زنا أو يدخل فى الزنا ويلحق به

---

(١) فتح القدير جـ ٤ ص ١٥٠ ـ كشاف القناع جـ ٦ ص ٩٠

(٢) حاشية الدسوقى جـ ٤ ص ٣١٣ .

قياسا فياخذ حكمه ، ومنهم من يذهب الى ان اللواط جريمة مستقلة ولها حكمها الخاص بها .

فيرى أبو حنيفة ان الوطء فى الدبر لا يعتبر زنا سواء كان الموطوء ذكرا أو أنثى ، فلا يقام الحد على مرتكب هذا الفعل وانما يعزر ، ويودع السجن حتى يموت أو يتوب ، ولو اعتاد اللواطة محصنا أو غير محصن قتله الامام سياسة ، أما الحد المقدر شرعا فليس حكما له (١) .

ويؤسس أبو حنيفة رأيه على أن الايلاج فى القبل يسمى زنا والاتيان فى الدبر يسمى لواطا ، فاللواط ليس بزنا وليس له معناه ، فلا يثبت فيه حد ، وقد اختلف الصحابة فى شأنه ، فمنهم من أوجب فيه التحريق بالنار ومنهم من قال يهدم على فاعله الجدار ، ومنهم من قال بالقائه من مكان مرتفع ، ولو كان زنا فى لفظه أو معناه لما اختلفوا فى شأنه فاختلافهم فى موجبه دليل على أنه ليس من مسمى لفظ الزنا لغة ولا معناه (٢) ، فضلا عن أن الزنا يؤدى الى اختلاط الانساب الأمر الذى لا يتوافر بالنسبة للواط .

وفى قول للشافعى وهو المشهور : يقام حد الزنا فتكون العقوبة الرجم فى حالة الاحصان والجلد والتغريب بالنسبة لغير المحصنين . روى أبو موسى الأشعرى رضى الله عنه أنه ﷺ قال : « اذا اتى الرجل الرجل فهما زانيان واذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان » ولأنه حد يجب بالوطء فاختلف فيه البكر والثيب كحد الزنا .

---

(١) فتح القدير ج ٤ ص ١٥٠ .
(٢) فتح القدير ج ٤ ص ١٥١ .

وفى قول آخر للشافعى : أن تكون العقوبة القتل على اى حال لما روى ابن عباس رضى الله عنه ان النبى ﷺ قال : « اقتلوا الفاعل والمفعول» ويروى « ارجموا الأعلى والأسفل » .

ولأن تجريمه أغلظ فكان حده أغلظ ، وكيف يقتل فيه وجهان احدهما أن يقتل بالسيف لأنه أطلق القتل فى الخبر فانصرف اطلاقه الى القتل بالسيف والثانى أنه يرجم لأنه قتل يجب بالوطء فكان بالرجم كقتل الزنا (١) .

وقال مالك واحمد وأبو يوسف ومحمد يحد جلدا وتغريبا ان كان بكرا ورجما أن أحصن (٢) .

ويرى الظاهريون أن اللواط غير الزنا وهو منكر فيه التعزير (١) وحجة من أعطى اللواط حكم الزنا أنه نوع من انواع الزنا فهو ،

---

(١) المهذب ج ٢ ص ٢٦٨ .
(٢) حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٣١٤ كشاف القناع ج ٦ ص ٩٥ .
(٣) المحلى ج ١١ ص ٣٨ الى ٣٨٥ .
لم يعتبر القانون الليبى رقم ٧٠ لسنة ١٩٧٣ فى شأن اقامة حد الزنا اللواط زنا أخذا برأى الحنفية والظاهرية واعتبرها جريمة تعزيرية تنص فى الفقرة ٢ من المادة ٨ من القانون على ان كل من هتك عرض انسان برضاه يعاقب هو وشريكه بالحبس .

وقد نهج مشروع حد الزنا الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل بجمهورية مصر هذا النهج ففرضت عقوبة تعزيرية للائط فاعلا أو مفعولا به : فنصت المادة ١٦ من المشروع على أن من اتى انسانا فى الدبر بالرضا يعاقب كل منهما تعزيرا بالعقوبة المقررة بالفقرة الاولى من المادة ٢٦٨ من قانون العقوبات وبالجلد أربعين جلدة - وفى الحالات المبينة فى المادة ٢٦٨ مكرر من قانون العقوبات يحكم بالعقوبه المقررة لها فيها وبالجلد تعزيرا ثمانين جلدة .

ولم يعتبر مشروع مدونة قانون العقوبات الكويتى اللواطة زنا .

وضع العضو فى مكان محرم أى ايلاج فرج فى فرج ، وأنه روى عن رسول الله ﷺ أنه قال « اذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان » .

الوطء فى دبر الزوجة :

ما سبق ذكره ، يتناول آراء الفقهاء اذا وقع الفعل فى دبر ذكر أو دبر أجنبية عن الفاعل ، أما اذا كانت المرأة زوجة الفاعل فانه لا يحد بالاجماع ولكنه يكون قد ارتكب منكرا ليس له عقوبة مقدرة يعزر عليها ، وذلك لأن الزوجة محل للوطء بالنسبة لزوجها ، وللزوج أن يستمتع بها.

وطء الصغير والمجنون امراة اجنبية :

لا حد على الصغير والمجنون فى وطء المرأة الأجنبية لعدم أهليتهما على أن الصغير يعزر على الفعل ان كان مميزا .

وقد اختلف الفقهاء فى الحكم بالنسة للمرأة التى يطؤها الصبى أو المجنون .

فعند أبى حنيفة : لا حد على المرأة التى يطؤها الصبى أو المجنون ولو طاوعته وذلك تاسيسا على أن المرأة يجب الحد عليها لكونها مزنيا بها لازانية اذ هى موطوءة فليست بواطئة ، وتسميتها فى القرآن زانية هو على سبيل المجاز لا حقيقة ، ولما كان فعل الصبى والمجنون لا يعتبر زنا عند أبى حنيفة فلا تكون مزنيا بها (١) .

---

(١) فتح القدير ج ٤ ص ٢٥٦ .

ويتفق مالك مع أبى حنيفة فى رأيه ان كان الواطىء صبيا ، ويرى أن يقام الحد على المرأة أن هى طاوعت المجنون وذلك لأن المرأة تنال لذة من المجنون ولا تنال من الصبى (١) ٠

وعند الشافعى وزفر : تحد المرأة فى الحالتين ، لأن الزنا هو قضاء الشهوة بالوطء الخالى من الملك وشبهته ٠ وقد توافر ذلك فكان زنا ، أما اعفاء الصبى والمجنون فكان لسبب يخصه ، فليس للمرأة أن تستفيد من هذا السبب (٢) ٠

وطء العاقل البالغ صغيرة أو مجنونة :

يرى أبو حنيفة أن البالغ العاقل اذا زنا بمجنونة أو صغيرة يجامع مثلها وجب عليه الحد لأن فعله زنا ولأن العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه (٣) ٠

وعند مالك : يقام الحد فى وطء المجنونة الكبيرة ووطء الصغيرة عاقلة أو مجنونة ، كلما أمكن الجانى وطؤها ، ولو كان الوطء غير ممكن لغيره (٤) ٠

ويرى الشافعى اقامة الحد على البالغ العاقل اذا زنى بمجنونة أو صغيرة مادام الوطء قد حدث دون تقييد العقوبة بأى قيد (٥) ٠

---

(١) حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٣١٥ ٠
(٢) المهذب ج ٢ ص ٢٦٨ – فتح القدير ج ٤ ص ٢٥٦ ٠
(٣) فتح القدير ج ٤ ص ٢٥٦ ٠
(٤) حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٣١٥ ٠
(٥) المهذب ج ٢ ص ٢٦٨ ٠

المساحقة او السحاق :

السحاق : ما يكون من الفاحشة بين أنثى وأنثى بان تدالكت امرآتان

وقد اتفق الفقهاء على ان هذا الفعل فاحشة ، وقد روى أبو موسى الأشعرى ان النبى ﷺ قال « اذا أتت المراة المراة فهما زانيتان » أى انهما تكونان ، قد ارتكبتا فعلا كالزنا . واجماع الفقهاء على أنه لاحد فى هذا الفعل لأنه مباشرة دون الفرج وهو أشبه باستمتاع الرجل بالمرأة دون جماع فيكون هذا الفعل معصية عقوبتها التعزير (١) .

الاســـتنماء :

الاستنماء حرام لقول الله تعالى « والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم او ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين » لأنها مبـــاشرة تفضى الى قطع النسل ، واستنماء الرجل بيد امراة أجنبية لايعتبر زنا ، وكذلك ادخال الرجل الأجنبى اصبعه فى فرج امرأة ، ولكن ذلك معصية تقتضى التعزير على الرجل والمراة سواء حدث انزال أم لم يحدث ، لأن ذلك مباشرة محرمة من غير ايلاج كمباشرة الرجل المراة فيما هـــو دون الفرج (٢) .

وطء الأموات :

لا حد عند أبى حنيفة على وطء ميته ، وكذلك ادخال المراة ذكـــر اجنبى ميت فى فرجها لأنه عمل تعافه النفس ولا يشتهى . ولأن الحدود

---

(١) المهذب جـ ٢ ص ٢٦٩ - حاشية الدسوقى جـ ٤ ص ٣١٦ .
(٢) المهذب جـ ٢ ص ٢٦٩ .

فرضت زجرا وانه حاجة للزجر فى هذا الفعل ، وعنده ان هذا الفعـل منكرا ، ويكون جريمة ليست فيها عقوبة مقدرة فيعزر فاعلها .

ويرى مالك أن وطء غير الزوج الميتة يوجب الحـد لأنه وطء فى فرج آدمية يلتذ به فأشبه وطء الحية ، وأنه اشد اثما اذ ينطوى علاوة على فعل الفاحشة هتك حرمة الميت بخلاف من وطء زوجته الميتة فلا حد عليه ، وذلك بخلاف ادخال المرأة ذكر ميت غير زوج فى فرجها فانهـا تعزر ولا تحد لعدم استمتاعها بلذة .

وفى مذهب الشافعية والحنابلة : ان وطء امرأة ميتة وهو من أهل الحد ففيه وجهان : احدهما أنه يجب عليه الحد لأنه ايلاج فى فرج محرم ولا شبهة له فيه فأشبه اذا كانت حية ، والثانى أنه لا يجب فيه الحد (١)

وطء البهائم :

اتيان البهيمة محرم بالاجماع ، واختلف الفقهـــاء فى حكم اتيان البهائم على الوجه الآتى :

عند أبى حنيفة ومالك لا يقام الحد فى وطء البهيمة لأنه لا يعتبر زنا لأنه لا يترتب عليه تضييع الولد ولا افساد الفراش ولأن الطبع السليم ينفر منه والدافع اليه نهاية السفه أو فرط الشبق ، وهذا الفعل منـــكر يجب تعزير فاعله ، واما حديث « من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها معه» حديث آحاد فلا يجوز أن يثبت به الحد ، ويروى ان تذبح البهيمة فى هذه

---

(١) المهذب جـ ٢ ص ٢٦٩ ـ كشاف القناع جـ ٦ ص ٩٨ .

الحالة وتحرق لاسدال ستار عن هذا الفعل القبيح وقطع التحدث به ·
وعدم تعيير الفاعل بهذا الفعل (١) ·

وللشافعى واحمد قولان أرجحهما يتفق مع رأى أبى حنيفة ومالك، اما الرأى الاخر فيعتبر الفعل زنا ولكن يعاقب عليه بالقتل فى كل الاحوال استنادا الى ما روى عن رسول الله انه قال « من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها معه » وهو حديث لا يقره الكثيرون (٢) ·

ويرى بعض الفقهاء فى مذهب الشافعى اعتبار الفعل زنا يطبق فى شانه حد الزنا ، استنادا الى أنه فرج محرم شرعا مشتهى فاوجب الحد (٣) ·

وفى حكم وطء البهيمة تمكين المرأة من نفسها حيوانا كقردمثلا(٤)

الزنا فى دار الحرب :

عند أبى حنيفة ، الزنا فى دار الحرب لا حد فيه ، لأن ولاية الامام لا تشملها ولأن الوجوب مشروط بالقدرة ، ولأنه لا قدرة للامام على الجانى حال كونه فى دار الحرب ·

وعند مالك والشافعى ، يحد الجانى لأنه التزم باسلامه باحكام الاسلام أينما كان مقامه (٥) ·

---

(١) فتح القدير جـ ٤ ص ١٥٢ ، ١٥٣ ·
(٢) المهذب جـ ٢ ص ٢٦٩ - كشاف القناع جـ ٦ ص ٩٥ ·
(٣) المهذب جـ ٢ ص ٢٦٩ ·
(٤) كشاف القناع جـ ٦ ص ٩٥ ·
(٥) فتح القدير جـ ٤ ص ١٥٢ و ١٥٣ ·

الوطء بالاكراه :

من المتفق عليه أنه لا حد على مكره لقوله تعالى : (فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه) ولحديث رسول الله ﷺ « عفى لأمتى عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » وسقوط الحد عن المرأة الزانية بالاكراه متفق عليه بين الفقهاء ، لافرق بين الاكراه المادى وهو أن يغلبها على نفسها بالقوة المادية أو الاكراه المعنوى بالتهديد ، فقد جاءت عمر امرأة استسقت راعيا فابى الى أن يسقيها الى أن تمكنه من نفسها ، فرضخت فقال لعلى : ما ترى فيها ؟ فقال : انها مضطرة فلم يقم عليها الحد .

وأما بالنسبة للرجل فيرى الامام احمد وزفر ان الرجل اذا أكره على الزنا فعليه الحد ، وقال أبو حنيفة انه لا حد اذا أكرهه السلطان وان اكرهه غيره حد ، وحجة هؤلاء ان المرأة تكره لأن وظيفتها التمكين ، أما الرجل فلا يكره مادام الفعل يقتضى الانتشار وهو دليل الطواعية(١)

وقال الشافعى وأبو يوسف ومحمد ، ان الرجل يستوى مع المرأة فى الاكراه ، لأن الانتشار قد يكون طبعا لقوة الفحولية وأن الاكراه شبهة تدرأ الحد (٢) .

هناك رأى فى مذهب الشافعية يقول بالحد فى هذه الحالة استنادا الى ان الوطء لا يكون الا بالانتشار الحادث عن الشهوة والاختيار .

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٨ - كشاف القناع ج ٦ ص ٩٦ .
(٢) المهذب ج ٢ ص ٢٥٧ - اختارت اللجنة المشكلة بوزارة العدل فى مصر فى مشروع حد الزنا الذى أعدته ، وجوب توفر الاختيار للزانية والزانى عند ارتكاب الجريمة لتوقيع العقوبة الحدية على كل منهما .

الرضا بالوطء :

الرضاء بالوطء لا يعتبر شبهة ، ووطء المرأة برضاها او برضاء وليها أو زوجها زنا ، لأن الرضاء لا يبيح الزنا الذى حرمه الله تعالى ٠

واذا دلست امرأة على رجل فوطئها بالظن على أنها امرأته ، فهى زانية ولا حد على الرجل (١) ٠

الزواج اللاحق :

اجمع جمهور الفقهاء على أن الزواج اللاحق لا أثر له فى اقامة الحد عن الزنا السابق على هذا الزواج الذى يجب عنه الحد ، ولا يسقطه الزواج اللاحق لأن الوطء وقع زنا لوقوعه على محل غير مملوك للواطىء

وروى عن أبى حنيفة أنه قال : ان الزواج اللاحق لفعل الزنا يقوم شبهة تدرأ الحد استنادا الى أن المرأة المزنى بها تصير مملوكة للزوج بالنكاح فى حق الاستمتاع فوقع الاستيفاء من محل مملوك فيورث ذلك شبهة تدرأ الحد (٢) ٠

انكار احد الزانيين :

يرى أبو حنيفة أن انكار أحد الزانيين يعتبر شبهة اذا أقر الاخر

---

(١) المحلى ج ١١ ص ٢٤٦ ٠

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٨ ، ١٥٩ - أخذ مشروع مدونة قانون العقوبات الكويتى برأى الحنفية فنص فى المادة ١١٥ منه على أن يسقط حد الزنا بزواج الزانى بمن زنى بها وذلك الى ما قبل التنفيذ - وبررت المذكرة الايضاحية للمشروع ذلك بأنه « تشجيعا على الستر والتوبة وأخذا برأى الامام أبى يوسف » ٠

ولم يكن من دليل في الدعوى غير هذا الاقرار ، فلا يعاقب المنكر لانـه لا دليل عليه سوى اقرار المتهم الاخر وهذا الاقرار حجة قاصرة عليـه ، وانتفاء الحد فى حق المنكر يورث شبهة الانتفاء فى حق المقر لأن الزنا فعل واحد لا يقع الا من شخصين ، فاذا قامت الشبهة فانها تتعدى الى طرفيه ٠

ويخالف مالك والشافعى واحمد وابو يوسف ومحمد هـذا الرأى ويرون اخذ المقـر باقراره لأن الاقرار حجة على المقر ، وأن عدم ثبوت الجريمة فى حق الاخر المنكر لا يورث شبهة فى حق المقر (١) ٠

أما الظاهريون فيرون أن انكار أحد الزانيين لا أثر له على عقـوبة المقر لأن المقر يجب أن يؤخذ باقراره ، وان الحدود عندهم لا يحل أن تدرأ بشبهة ولا ان تقام بشبهة لقول رسول الله ﷺ « ان دماءكم واموالكم واعراضكم وابشاركم عليكم حرام » واذا ثبت الحـــد لم يحل أن يدرأ بشبهة لقول الله تعالى : (تلك حدود الله فلا تعتدوها) (٢) ٠

ادعاء أحد الطرفين الزوجية :

عند أبى حنيفة واحمد اذا أقر أحد الطرفين بالزنا فادعى الطرف الاخر الزوجية فلا يحدان استنادا الى احتمال صحة دعوى النكاح ممـا يورث شبهة يندرىء بها الحد ٠

ويرى مالك والشافعى حد المقر مالم يثبت قيام الزوجية ٠

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٨
(٢) المحلى ج ١١ ص ١٥٣ ٠

ويرى جمهور الفقهاء انه اذا ضبط شخص يطأ امرأة فادعى الرجل والمرأة الزوجية فالقول قولهما ما لم يشهد الشهود بزناهما ، الا ان مالكا يوجب عليهما اثبات الزوجية (١) .

بقاء البكارة :

عند ابى حنيفة والشافعى واحمد بقاء البكارة وعدم زوالها يعتبر شبهة فى حق المشهود عليها بالزنا ، فان شهد أربعة على امرأة بالزنا وشهد ثقات من النساء على انها عذراء فلا حد عليها للشبهة ولا حد على الشهود .

ويرى مالك اقامة الحد على المرأة لان دليل الاثبات عنده مقدم على دليل النفى ولاحتمال حصول الوطء دون أن يترتب على ذلك ازالة البكارة (٢) .

ويرى ابن حزم الظاهرى ان الحكم يختلف باختلاف ما يقرره النساء بالنسبة لعذريتها ، فإن قلن انها عذرة يبطلها ايلاج الحشفة فمقتضى ذلك تكذيب الشهود فلا يجوز الحكم بشهادتهم ، وان قلن انها عذرة واغلة فى داخل الفرج أو مرنة لا يبطلها ايلاج الحشفة فيصدق الشهود ويقام الحد (٣) .

وطء المرأة المستاجرة :

يرى أبو حنيفة انه اذا استاجر رجل امراة ليزنى بها ففعل فلا حد عليه فى هذه الحالة لشبهة العقد وتوقع عليه عقوبة تعزيرية .

---

(١) فتح القدير جـ ٤ ص ١٥٨ - كشاف القناع جـ ٦ ص ٩٧ .
(٢) حاشية الدسوقى جـ ٤ ص ٣١٩ .
(٣) المحلى جـ ١١ ص ٢٦٣ ، ٢٦٤ .

وقد خالف مالك والشافعى وأحمد هذا الرأى وقالوا بإقامة الحد لأن عقد الاجارة لا يستباح به البضع فصار كما لو استأجرها لأداء عمل من الأعمال ولا يكون الاستئجار فى هذه الحالة شبهة تدرأ الحد (١) .

الوطء بشبهة :

الظاهريون يرون أنه اذا ثبت الحد فلا يجوز أن يدرأ بشبهة ، لقوله تعالى : (تلك حدود الله فلا تتعدوها) أما باقى الفقهاء فيرون أن الوطء بشبهة لا حد فيه ، ولكنهم اختلفوا فيما يعتبر شبهة ومرد ذلك الى الاختلاف فى التقدير ، وقد اهتم أبو حنيفة والشافعى بتقسيم الشبهة وتنويعها .

ويقسم أبو حنيفة الشبهة الى ثلاثة :

١ - شبهة فى الفعل .

٢ - شبهة فى الملك .

٣ - شبهة فى العقد .

شبهة الفعل : وتسمى شبهة اشتباه أى شبهة فى حق من اشتبه عليه وليست بشبهة فى حق من لم يشتبه عليه . وتثبت هذه الشبهة فى حق من

---

(١) فتح القدير ج ٤ ص ١٤٩ ، ١٥٠ - حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٣١٤ المهذب ج ٢ ص ٢٦٨ - كشاف القناع ج ٦ ص ٩٨ .
أخذت اللجنة المشكلة بوزارة العدل بمصر يقول الفقهاء الثلاثة واعتبار الزنا بالمراة المستاجرة زنا عقوبته الحد على الزانى والزانية درءا للفساد .

اشتبه عليه الحل والحرمة وظن فى نفسه ان الحرام حلال من غير دليل قوى أو ضعيف كمن يطأ زوجته المطلقة ثلاثا أو بائنا على مال فى عدتها وهذا الوضع اشتباه لبقاء بعض الأحكام رغم الطلاق مما يورث شبهة يندرىء بها الحد ، ويشترط لقيام الشبهة فى الفعل أن يعتقد الجانى الحل فاذا ثبت ان الجانى كان يعلم بحرمة الفعل وجب عليه الحد (١) .

شبهة فى الملك : وتسمى الشبهة فى المحل أو الشبهة الحكمية ، وتقوم اذا كان هناك دليل شرعى يفيد حل الفعل مع وجود دليل بجانبه أرجح منه يفيد التحريم ، فالدليل المبيح يورث شبهة فى حكم الشرع بالتحريم ، ولا يشترط اعتقاد الفاعل الحل أو بعلمه الحرمة لأن الشبهة ثابتة بقيام الدليل الشرعى لا بالعلم وعدمه ، ومن أمثلة هذه الشبهة وطء المطلقة طلاقا بائنا بالكنايات . لأن زوال الملك فى هذه الحالة مجتهد فيه لاختلاف الصحابة رضى الله عنهم ، وأن عمر كان يقول فى الكنايات انها رواجع والطلاق الرجعى لا يزيل الملك فاختلافهم اورث شبهة (٢) .

شبهة فى العقد : معناها أن شبهة العقد تكفى بذاتها لدرء الحد ولو كان العقد متفقا على تحريمه ، وكان الفاعل عالما بالتحريم كما هو حال فى نكاح المحارم ، وهذه الشبهة لا تقوم عند أبى يوسف ومحمد اذا كان عالما بالتحريم فى ذوات المحارم ، ويتفقان فى ذلك مع راى جمهور الفقهاء ، وذلك استنادا الى أن الفعل حصل فى محل مجمع على تحريمه فى غير ملك ولا شبهة ملك فهو زنا (٣) .

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٠ .
(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٤ .
(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٣ .

ويقسم الشافعيون الشبهة ثلاثة اقسام (١) .

١ ـ شبهة فى المحل .

٢ ـ شبهة فى الفاعل .

٣ ـ شبهة فى الجهة أو الطريق .

شبهة فى المحل : كوطء الزوج زوجته الحائض او النفساء او الصائمة أو اتيان الزوجة فى دبرها ، والشبهة هنا قائمة فى محل الفعل المحرم لأن المحل مملوك للزوج ومن حقه أن يباشر الزوجة واذا لم يكن له ان يباشرها فى الحالات المشار اليها الا أن ملك الزوج للمحل وحقه عليه يورث شبهة يندرىء بها الحد .

شبهة فى الفاعل : كمن يطأ امرأة زفت اليه على أنها زوجته ثم يتبين أنها ليست زوجته ، وأساس الشبهة فى هذه الحالة هو اعتقاد الفاعل انه لا يأتى فعلا محرما ، فاذا انتفى هذا الاعتقاد فلا تقوم الشبهة .

شبهة فى الجهة أو الطريق : ويقصد بذلك الاشتباه فى حل الفعل او حرمته وأساس هذه الشبهة الاختلاف بين الفقهاء على الفعل فكل ما اختلفوا على حله كان الاختلاف فيه شبهة يدرأ بها الحد فيجيز أبو حنيفة النكاح بلا ولى ويجيز مالك النكاح بغير شهود ويجيز ابن عباس نكاح المتعة ولا يجيز جمهور الفقهاء هذه الانكحة ، فتقوم شبهة تدرأ الحد ولو كان الفاعل يعتقد بحرمة الفعل لأن الشبهة قامت على اساس اختلاف الفقهاء على حل الفعل او تحريمه .

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٠ .

الركن الثانى : القصد الجنائى

الزنا من الجرائم العمدية ، فيجب أن يتوافر لدى الزانى والزانية نية الزنا أو القصد · ويتوافر القصد الجنائى فى هذه الجريمة اذا ارتكب الجانى الفعل وهو عالم ان فعل الجماع الذى ياتيه محرم عليه ، يستوى فى ذلك الرجل والمرأة ·

أما اتيان الفعل دون علم بالتحريم فلا يوجب الحد كمن زفت اليه امرأة خطأ باعتبار انها زوجته فوطئها ثم تبين انها أجنبية عنه ، وقد قضى بذلك على رضى الله عنه استنادا الى أن الواطىء اعتمد على دليل هو الاخبار فى موضع الاشتباه ، لأن الانسان لا يميز بين أمرأته وبين غيرها فى أول الوهلة ·

واختلف الفقهاء فيما اذا وجد الشخص امرأة على فراشه فوطئها· فعند الحنفية يحد لأن الاشتباه مع طول الصحبة يكون غير مستند الى دليل · ولا يرى الأئمة الثلاثة مالك والشافعى واحمد اقامة الحد فى هذه الحالة قياسا على المزفوفة بجامع ظن الحل (١) ·

والقاعدة فى الشريعة الاسلامية ان الأصل ، أنه لا يحتج بجهل الأحكام الشرعية فى دار الاسلام،فلا يقبل من احد فى دار الاسلام الاحتجاج بجهله حرمة الزنا ، على أنه يجوز الاحتجاج بالجهل استثناء اذا ايد

---

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٤٧ - حاشية الدسوقى جـ ٤ ص ١٣٦ - المهذب جـ ٢ ص ٢٦٨ ·

ظروف الجانى صدقه ، كان يكون الجانى حديث عهد بالاسلام ، ودلت الظروف على امكان تصديقه فى ادعاء الجهل بأحكام الاسلام فعندئذ لا يحد لانعدام القصد الجنائى .

وقد اختلف الفقهاء فى جواز الاحتجاج بالجهل ببطلان بعض انواع النكاح مما يعتبر الوطء فيها زنا ، فرأى البعض عدم قبول الاحتجاج لافتراض العلم بما احل وبما حرم . بينما يرى البعض الاخر ان هذه الأمور لا يتسنى لعامة الناس الالمام بها وتعتبر عذرا يندرىء به الحد للشبهة .

اثبات حد الزنا

تثبت جريمة الزنا الحدية بالأدلة الاتية :

١ - الاقرار .

٢ - الشهادة .

٣ - القرائن .

وذلك على التفصيل الاتى :

اولا : الاقرار (١) :

يثبت الزنا باقرار الزانى ، ويشترط جمهور الفقهاء فى الاقرار الذى يثبت به الزنا ما يلى :

١ - ان يكون المقر بالغا ، والمقصود بالبلوغ بلوغ سن التكليف لا سن التمييز فلا يصح اقرار الصبى فى الزنا .

---

(١) يراجع الشروط العامة للاقرار ص ١٥٧ و ١٥٨ من هذا الكتاب .

٢ - أن يكون المقر عاقلا ولذلك لا يعتد باقرار المجنون .

٣ - أن يكون المقر مختارا ، فاذا كان الاقرار نتيجة اكراه فلا يعول عليه .

٤ - أن يكون الاقرار مفصلا مبينا لحقيقة الفعل بحيث تزول كل شبهة فى الاقرار (١) .

٥ - أن يكون المقر قادرا على الوطء فلا يعتد باقرار المجبوب بالزنا أما الخصى أو العنين فان أقر أيهما بالزنا فعليه الحد لأن الزنا يتصور من ايهما .

وقد اختلف رأى الفقهاء فى المسائل الاتية :

تكرار الاقرار :

يرى ابوحنيفة واحمد لصحة الاقرار أن يقر الزانى بالزنا أربع مرات قياسا على اشتراط شهادة اربعة شهود لاثبات الزنا تحقيقا لمعنى الستر . ولما رواه أبو هريرة من أن ماعزا حضر الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو فى المسجد مقرا بالزنا فاعرض عنه حتى كرر ذلك أربع مرات فلما شهد على نفسه أربع شهادات ساله ثم أمر به فرجم (٢) .

ويرى مالك والشافعى الاكتفاء بالاقرار مرة واحدة لأن الاقرار اخبار والخبر لا يزيد بالتكرار ولأن رسول الله صلى الله عليه وسلم

---

(١) يراجع فى تفصيل البيانات التى يجب أن يضمنها الاقرار ، شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١١٥ .

(٢) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١١٧ .

قال فيما روى عن العسيف الذى زنا بامرأة من يعمل عنـده : « واغد يا أنيس الى أمرأة هذا فان اعترفت فارجمها » فعلق الرجم على مجرد الاعتراف . أما اعراض الرسول عن ماعز حتى اقر أربع مرات فيرجـع الى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم شك فى اكتمال قواه العقلية فارسل الى قومه يسالهم عن عقله فلما اخبروه بصحته أمر برجمه (١) .

ويشترط أبو حنيفة أن تكون الاقرارات الأربعة فى مجالس مختلفة للمقر نفسه ولو حدثت فى مجلس واحد للقاضى .

ويستوى عند الامام احمد أن تكون الاقرارات الاربعـة فى مجلس واحد أو فى مجالس متفرقة ، فالاقرار صحيح على كلا الحالين .

النطق بالاقرار :

عند أبى حنيفة لا يعتد باقرار الأخرس لاحتمال فهم اشارته على غير ما يقصد ولاحتمال ان تقوم فى فعله شبهة يعجز عن افهامها للغير .

---

(١) أخذت اللجنة المشكلة بوزارة العدل فى مصر فى مشروع حد الزنا الذى أعدته بالرأى القائل بالاكتفاء بالاقرار مرة واحدة فى مجلس القضاء لاثبات حد الزنا فنصت المادة ٢ من المشروع على أن « اثبات حد الزنا يكون فى مجلس القضاء وباحدى الوسلتين الاتيتين » .

الأولى : اقرار الجانى بصريح اللفظ وهو عاقل مختار ولو مـرة واحدة اذا لم يكذبه شريكه فى الفعل ، ولم يكن متهما فى اقراره .

وتضمنت المادة ١١٢ من مشروع مدونة قانون العقوبات الكويتى هذا الحكم ، فنصت على أن تثبت جريمة الزنا الحدية باقرار الجـانى مرة واحدة فى مجلس القضاء ، بشهادة أربعة رجال بالقرينة القاطعة ، ويشترط فى جميع الاحوال اقتناع القاضى .

ويرى بعض الفقهاء عكس ذلك ، ولا مانع عندهم من الأخذ باقرار الأخرس على تفصيل فى ذلك (١) .

عدم تقادم الاقرار :

يرى جمهور الفقهاء ان الاثبات بالاقرار لا يتقادم فيعتد بالاقرار ولو كان قد مضى على الواقعة وقت طويل ، وأنه لا وجه للقياس على الشهادة عند من يقولون بالتقادم فى الشهادة ، لأنه اذا جاز القول بأن التاخير فى أداء الشهادة يدل على أن الشهود شهودا لضغينة تورث التهمة ، فان ذلك لا يتحقق بالنسبة للإقرار لأن المرء لا يتهم فيما يقر به على نفسه .

وذهب بعض الأئمة فى المذهب الحنفى الى أنه اذا كان قد مضى على الواقعة وقت طويل فلا يعتد بالاقرار قياسا على الشهادة عندهم (٢) .

الاقرار فى مجلس القضاء :

يشترط ابو حنيفة أن يكون الاقرار فى مجلس القضاء فان كان الاقرار فى غير مجلس القضاء فلا تقبل الشهادة عليه .

وأما مالك والشافعى فلا يشترطان أن يكون الاقرار فى مجلس القضاء ، فيجوز أن يكون فى غير مجلس القضاء ويشهد به الشهود فى مجلس القضاء .

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٧ وبراجع ص ١٦٠ من هذاالكتاب
(٢) الفقه الجنائى المقارن بين الشريعة والقانون - المستشار أحمد موافى ص ٢٩٩ .

الرجوع فى الاقرار :

عند الحنفية والشافعية والحنابلة يشترط أن يثبت المقر على اقراره ولا يرجع عنه ، والرجوع عن الاقرار قد يكون قبل القضاء أو بعد القضاء وقبل التنفيذ ، فلو رجع المقر عن اقراره سقط الحد وأوقف تنفيذ العقوبة اذا كان قد قضى بها ، وقد يكون الرجوع صريحا او ضمنيا ، والرجوع الصريح يكون بتكذيب المقر نفسه فيما اقر به ، وقد يستفاد الرجوع ضمنا من هرب المحكوم عليه اثناء التنفيذ بالرجم أو الجلد واستدل جمهور الفقهاء على ذلك لما هرب ماعز اثناء تنفيذ عقوبة الرجم عليه فأدركوه ورجموه حتى مات ، فلما ذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم قال « هلا تركتموه » وهو يدل على ان الهرب من التنفيذ يدل على معنى الرجوع عن الاقرار وهو يسقط الحد .

وأما عند المالكية فيقبل من الجانى الرجوع عن الاقرار اذا كان الرجوع لسبب مقبول .

وقال البعض (أبو ثور) ان الرجوع فى الاقرار فى حد الزنا لا يقبل لأنه حق ثبت بالاقرار فلا يسقط بالرجوع [١] .

---

(١) المهذب جـ ٢ ص ٤٤٥ ـ اخذ مشروع حد الزنا الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل بجمهورية مصر بالرأى القائل بقبول رجوع الجانى عن اقراره الى ما قبل التنفيذ ، فنصت المادة ١١ من المشروع على أن يقبل رجوع الجانى عن اقراره الى ما قبل اتمام تنفيذ حد الرجم عليه وحينئذ يوقف تنفيذه أو ما بقى منه . ويعرض رئيس النيابة أو من يقوم مقامه الأمر على المحكمة التى أصدرت الحكم فى الموضوع للنظر فى سقوط الحد اذا لم يكن الحكم مبنيا الا على الاقرار وحده مع عدم الاخلال بالعقوبة المقررة قانونا .

ويصح ايضـا الرجوع عن الاقرار بالاحصان فقد يقر الزانى أنه زنا وهو محصن فيرجع عن اقراره جملة فيسقط عنه الحد وقد يقتصر رجوعه فى اقراره على الاحصان . ويثبت على اقراره بالزنا ففى هذه الحالة يسقط الرجم ويجلد باعتباره غير محصن .

والاقرار حجة قاصرة على المقر لا يتعداه الى غيره فان اقر بانه زنا بامرأة فسئلت فانكرت اقيم عليه وحده الحد . ويرى أبو حنيفة ألا يقام الحد على الرجل المقر فى هذه الحالة لأن الحد انتفى فى حق المنكر فاورث شبهة الانتفاء فى حق المقر لأن الزنا فعل واحد فاذا قامت الشبهة فيه فان هذه الشبهة تشمل طرفيه (١) .

اجتماع الشهادة والاقرار :

يرى ابو حنيفة انه اذا اجتمعت الشهادة مع الاقرار فيعـول على الاقرار فاذا عدل المقر عن اقراره يسقط عنه الحد (٢) .

وعند مالك والشافعى واحمد اذا ثبت الحد بالبينة واقر الجانىعلى نفسه ثم عدل عن اقراره لا يسقط عنه الحد لانه ثابت قبلهبشهادةالشهود

= أما مشروع مدونة قانون العقوبات الكويتى ، فقد اخذ برأى الامام مالك وطبقا للمادة ١٠٧ و ١١٣ منه يجوز العدول عن الاقرار مالم يكن العدول بسبب غير مقبول واذا صح عدول المقر عن اقراره سقط الحداذا لم يكن ثابتا الا بالاقرار .

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٨ ـ أخذ مشروع اللجنة المشكلة بوزارة العدل فى جمهورية مصر برأى أبى حنيفة فى الفقرة الأولى من المادة ٢ من المشروع .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٤ .

ثانيا : الشهادة :

يشترط الفقهاء أن تتوافر فى شهود جريمة الزنا فضلا عن الشروط العامة للشهادة الشروط الاتية (١) :

١ - أن يكون عدد الشهود أربعة :

لا يثبت حد الزنا الا بشهادة اربعة شهود . وذلك لقول الله تعالى: (واللاتى ياتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم) ، وقوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) وقوله تعالى (لولا جاءوا عليه باربعة شهداء فاذا لم ياتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون) .

ولما روى من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم للذى قذف امرأته « ائت باربعة شهداء يشهدون على صدق مقالتك والا حد فى ظهرك ».

والحكمة فى اشتراط أربعة شهود لاثبات الزنا تحقيق معنى الستر المندوب اليه ، فقد قال صلى الله عليه وسلم « من اصاب منكم من هذه القاذورات شيئا فليستتر بستر الله » وقال « من ستر على مسلم ستره الله فى الدنيا والاخرة » (٢) .

وعند ابى حنيفة يجوز أن يكون الزوج أحد الشهود الأربعة لأنه غير متهم ، لان التهمة تكون فى جلب نفع بينما هو بشهادته هذه يلحق

---

(١) تراجع الشروط العامة للشهادة صفحة ١٥٨ وما بعدها من هذا الكتاب .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٤ .

بنفسه العـار (١) .

ويرى مالك والشافعى واحمد عدم جواز شهادة الزوج على زنـا زوجته لانه متهم بدعواه ان الزوجة خائنة وانه يقذفها بتوجيه تهمـة الزنا اليها .

ويفرق ابن حزم بين أمرين :

(أ) اذا جاء الزوج قاذفا فلا تقبل شهادته ، ولابد من وجـود اربعة شهود غيره والا اقيم عليه حد القذف الا اذا لاعن زوجته .

(ب) اذا جاء الزوج شاهدا فتقبل شهادته فاذا كان عدلا وانضم اليه ثلاثة شهود توافرت فيهم شروط الشهادة على الزنا اقيم الحد (٢)

---

(١) تقضى المادة ٢ من مشروع حد الزنا الذى اعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل فى مصر بان اثبات الزنا يكون فى مجلس القضاء باحدى وسيلتين (الاولى) اقرار الجانى .. (والأخرى) شهادة اربعة رجال غير الزوج يشهدون مجتمعين أو متفرقين بلفظ الزنا ومعاينة واقعتـه ويشترط فى الشاهد ان يكون - وقت تحمل الشهادة وادائها - بالغا عاقلا مبصرا قادرا على التعبير ولو بالكتابة عدلا - مسلما - وتقبل شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض - ويفترض فى الشاهد العدالة مالم يثبت غير ذلك ، وعلى المحكمة ان تسال المقر او الشاهد بعد الاقرار أو اداء الشهادة عن ماهية الزنا ، وكيفيته ، وزمان ومكان وقوعه وبيان الزانى والزانيـة

وتنص المادة ١١٤ من مشروع مدونة قانون العقوبات الكويتى على أنه يشترط فى الشاهد أن يكون مسلما عاقلا بالغا غير مضطر مبصرا وقت تحمل الشهادة وأن يشهد بما رآه من وقوع الجريمة بأركانها وأن يـكون قادرا عند التعبير عنها قولا وكتابة ويعتبر الشاهد بالغا متى أتم ثمانى عشرة سنة - وتفترض فيه العدالة ما لم يثبت غير ذلك - وتقبل شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض .

(٢) المحلى ج ١١ ص ١٦١ الى ٢٦٣ - أخذ مشروع اللجنة المشكلة بوزارة العدل بمصر برأى جمهور الفقهاء فاشـترط فى المـادة ٢ من المشروع الا يكون الزوج من بين شهداء الزنا على زوجته على ما تقدم .

ويرى أبو حنيفة ومالك وفى قول الشافعى وأحمد انه اذا شهد على الزنا اقل من اربعة شهود لم تقبل شهادتهم وحدوا حد القذف لقوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) (١) .

وفى قول للشافعى واحمد انه لا حد على الشهود اذا نقص عددهم عن أربعة لأنهم شهود تقدموا للشهادة خشية الله تعالى ولأن العقـاب فى حالة نقص عدد الشهود يؤدى الى امتناع الشهود عن أداء الشهادة خشية أن يتوقف احد الشهود عن الشهادة فيحل العقاب على الباقين (٢) .

وعند الظاهريين لا يحـد الشاهد بالزنا لأن الحـد شـرع للقاذف الرامى ولم يشرع للشهود ، وقد فرق القرآن الكريم والسـنة بين الشـاهد وبين القاذف فلا يجوز ان يسرى حكم القاذف على الشاهد (٣) .

واذا شهد اربعة على امراة وهى بكر درىء الحد عنها وعنهم أى يدرأ حد القذف عن الشهود وحد الزنا عن المراة وهو احد قولى الشافعى واحمد والدرء عنها لظهور كذب الشهود اذ لا بكارة مع الزنا وقول النساء حجة فيما لا يطلع عليه الرجل ، فتثبت بكارتها بشهادتين ومن ضرورته سـقوط الحد .

وعند مالك تحد المراة والرجل فى جريمة الزنا ،ذلك لأن بقـاء

---

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٨٠ .
(٢) المهذب جـ ٢ ص ٣٣٢ .
(٣) المحلى جـ ١١ ص ٢٦ .

البكارة لا يستلزم عدم الزنا لجواز ان تعود العذرة لعدم المبالغة فى ازالتها فلا يكون هناك تعارض بين شهادتهن وشهادتهم ، وان تعارضت شهادة النساء على بقاء البكارة مع شهادة الرجل على الزنا بان كان مضمون شهادتهن عدم امكان عودة العذرة بعد الفعل فتبطل شهادتهن لأنها لا تقوى قوة شهادتهم لأن المثبت مقدم على النافى .

وعند الحنفية يندرىء الحد فى هذه الحالة للشبهة ، ولذا يسقط الحد بقولهن هى رتقاء أو قرناء (١) .

ويقبل فى ذلك قول امرأة واحدة ، وأما عن الشهود فنظرا لتكامل عددهم فى الشهادة على الزنا فلا يحدون حد القذف ، وانما امتنع حد الزنا ، فقولهن حجة فى اسقاط الحد لا فى ايجابه وان الواقع لم يقطع بكذب الشهود لجواز صدقهم وتكون العذرة قد عادت لعدم المبالغة فى ازالتها أو لكذبهن (٢) .

٢ - الذكورة :

يشترط جمهور الفقهاء ان يكون الشهود على الزنا رجالا لأن النص أوجب ذلك بقوله تعالى (فاستشهدوا عليهن أربعة منكم) . فلفظ أربعة اسم لعدد الشهود ، ولذلك يتعين الاكتفاء بشهادة اربعة ، فانكان فيهم نساء فان مقتضى ذلك أن يزيد الشهود عن اربعة لأن شهادة الرجل

---

(١) الرتقاء : الملحمة الفرج ، والقرناء : هى التى فى فرجها مثل القرن يمنع الجماع .

(٢) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٦٩ .

تعادل شهادة امرأتين لقوله تعالى (فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل احداهما فتذكر احداهما الأخرى)

وروى عن عطاء أنه قبل شهادة ثلاثة رجال وامرأتين .

وعند ابن حزم الظاهرى : يجوز أن يقبل فى الزنا امرأتان مسلمتان عدلتان مكان كل رجل ، فيجوز أن يثبت الحد بشهادة ثمان نسوة لا رجال معهن (١) .

واذا كانت الرجولة تشترط فى شهود الاثبات فانه لا موجب لاشتراطها فى شهادة النفى فيجوز شهادة النساء لنفى جريمة الزنا .

٣ ـ الأصالة :

الأصالة فى الشهادة هى أن يكون الشهود قد رأوا الحادث بأنفسهم
ويشترط أبو حنيفة الأصالة فى الشهادة على الزنا فلا تقبل الشهادة على الشهادة أى الشهادة السماعية كملا يقبل كتاب القاضى الى القاضى، أى لا يقبل سماع شهود الاثبات امام قاض غير القاضي الذى ينظر الدعوى ويقضى فيها ،اذا أرسل القاضى الذى سمعت امامه الشهادة بهذه الشهادة الى القاضى الذى تعرض عليه الدعوى ليفصل فيها ، لأن كتابه يعتبر شهادة على الشهادة ، والعلة فى ذلك عند أبى حنيفة قيام الشبهة فى صحة الشهادة المنقولة وان الحدود تدرأ بالشبهات (٢) .

---

(١) المحلى جـ ٩ ص ٢٩٥ .
(٢) فتح القدير جـ ٤ ص ١٧١ .

وما يراه ابو حنيفة من عدم قبول الشهادة السماعية لاثبات الزنا هو ما يراه احمد وهو الرأى الراجح فى مذهب الشافعية (١) .

واما مالك : فلا يشترط الأصالة فى الشهود فيجوز عنده الشهادة على الشهادة فى الحدود وغير الحدود ، كما يقبل كتاب القاضى الى القاضى فى الحدود وغير الحدود .

وعند ابن حزم الظاهرى : تقبل الشهادة على الشهادة فى كل شىء ويقبل فى ذلك واحد على واحد ، لأن الله تعالى امر بقبول شهادة العدول والشهادة على الشهادة شهادة عدول وان ما ينقله شاهد السماع خبر والخبر يؤخذ من الواحد الثقة (٢) .

والأصل عند جمهور الفقهاء أن الشهادة على الشهادة لا تجوز الا اذا تعذر حضور الشهود الأصلاء كموت الشاهد الأصيل أو مرضه مرضا يحول دون حضوره أو هجرته الى مكان غير معلوم (٣) .

٤ - عدم تقادم الحد :

أى التأخر فى أداء الشهادة . وقد اختلف الفقهاء فى هذا الشرط يشترط أبو حنيفة لقبول الشهادة فى جريمة الزنا الا يكون حادث الزنا قد تقادم . وحجته فى ذلك ان الشاهد مخير اذا شهد الحادث بين اداء الشهادة خشية الله تعالى لقوله سبحانه وتعالى : (واقيموا الشهادة لله) وبين أن يتستر على الحادث عملا بقول النبى صلى الله عليه

---

(١) المهذب جـ ٢ ص ٣٣٧ .
(٢) المحلى جـ ٢ ص ٤٣٨ .
(٣) المهذب جـ ٢ ص ٣٣٧ .

وسلم : « من ستر على أخيه المسلم ستر الله عليه فى الاخرة » فاذا لم يتقدم الشاهد للشهادة وتقادم العهد على الحادث دل بذلك على انه اثر الستر . فاذا شهد بعد ذلك دل هذا على أن ضغينة حملته على الشهادة فلا تقبل شهادته للتهمة .

واذا كان التاخر فى الشهادة لعذر ظاهر ، كبعد المسافة عن مقر القاضى أو مرض الشاهد أو غير ذلك من الأعذار تقبل شهادته .

ولم يقدر ابو حنيفة مدة للتقادم وفوض هذا التقدير الى رأى القاضى فى كل عصر . وقدر محمد مدة التقادم بشهر وقدره بعض الحنفية بستة شهور [١] .

وعند مالك والشافعى والراجح فى مذهب احمد وعند الظاهريين تقبل الشهادة المتاخرة [٢] .

٥ ـ اتحاد مجلس الشهادة :

عند ابى حنيفة ومالك واحمد يشترط أن يتقدم شهود الزنا بشهادتهم

---

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٦٣ ، ١٦٤ .

(٢) المحلى جـ ١١ ص ١٤٤ ، ١٤٥ . اخذ مشروع اللجنة المشكلة بوزارة العدل بجمهورية مصر برأى جمهور الفقهاء فى قبول الشهادة المتاخرة . فنص المشروع فى المادة ٩ منه على أنه لا تسرى على جريمة الزنا المعاقب عليها حداً الاحكام المقررة فى شأن انقضاء الدعوى الجنائية أو سقوط العقوبة بمضى المدة المنصوص عليها فى قانون الاجراءات الجنائية وبناء على ذلك فان حق اقامة الدعوى يظل قائما ويقبل عليها الاثبات سواء بالبينة أو الاقرار دون أن يكون لمضى المدة أثر فى ذلك .

فى مجلس قضائى واحد فلو شهدوا متفرقين لا تقبل شهادتهم ، فاذا انقضى المجلس فلا تقبل شهادة المتأخر منهم ، وحجتهم فى ذلك قول الله تعالى (ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم) والاتيان بأربعة شهداء اما أن يكون مطلق فى الزمان أو مقيدا ، والقول بأنه مطلق فى الزمان كله يمتنع معه الجلد المنصوص عليه فى الاية لان الاتيان بأربعة شهداء أو تكملتهم ان كان قد شهد بعضهم لم يقيد بزمن ، لذلك فلا مناص من القول بأنه مقيد . وما دام الأمر كذلك فاولى ان يكون مقيدا بالمجلس . كما يحتجون بعمل عمر فقد شهد على المغيرة بن شعبة ثلاثة ولم يشهد الرابع فحد عمر الثلاثة ولو كان اتحاد المجلس غير مشترط ما كان له أن يحدهم لجواز ان تكمل الشهادة بشاهد رابع فى مجلس آخر (١) .

ويرى الشافعى عدم اشتراط حضور الشهود جماعة أو ان تؤدى الشهادة فى مجلس واحد وحجته فى ذلك قوله تعالى : (لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء) فذكر الشهود ولم يذكر المجلس ، وأن اشتراط اجتماعهم فى مجلس واحد أمر لم يأمر به النص (٢) .

٦ - أن تكون الشهادة صريحة فى تحقق وقوع فعل الزنا :

يشترط لصحة الشهادة أن تكون مبينة لماهية الزنا وكيفيته ومكانه ومتى زنا وبمن زنا ، فيتعين على القاضى ان يستفسر عن هذه الأمور ،

---

(١) المغنى جـ ١٠ ص ١٨٧ .

(٢) المهذب جـ ٢ ص ٣٣٣ وما بعدها - أخذ مشروع اللجنة المشكلة بوزارة العدل بمصر برأى الشافعى ، فجاءت المادة ٢ من المشروع سماع الشهود مجتمعين أو متفرقين .

وذلك احترازا عن الغلط فى ماهية الزنا لأنه عساه غير الفعل فى الفرج ، كما اذا ظن أن مماسة الفرجين حراما زنا ، واحتـــرازا عن الغلط فى الكيفية لاحتمال قيام الاكراه ، واحترازا عن المكان لاحتمـال ان يكون الفعل تم فى دار الحرب وهو لا يوجب الحد عند ابى حنيفة ، واحترازا عن الفعل فى الزمان لاحتمال كون الزنا فى زمان متقادم ولا حد فيه عند الحنفية او كان ذلك فى زمن صباه ، وعن المزنية لاحتمال قيام شـــبهة لم يطلع عليها الشهود ، او كونها زوجته ولا يعلم الشهود ، بهذاالزواج(١)

ويجب أن يشـــهد الشـــهود على وقوع الفعل فتقبل شـــهادة الشهود ولو قرروا انهم تعمدوا النظر الى فرج المراة اذ يبـــاح لهـــم ذلك لأداء الشهادة اسوة بالطبيب (٢) واذا جاءت شهادتهم صريحة لا لبس فيهـا على وقوع الفعل ان قالوا « رأيناه وطئها فى فرجها كالميل فى المكحلة » واقتنع القاضى بصحة الشـــهادة حكم بالعقوبة المقـــررة ، فاذا لم يقتنع القاضى بصحة الشهادة كما لو اختلف الشهود فى وصف الفعل او زمـانه او مكانه اختلافا يدل على الكذب فانه يطرح الشهادة ولا يعتد بها ٠

الشهادة على الاحصان :

يرى مالك والشافعى واحمد انه يكفى لاثبات الاحصان شـــــهادة رجلين لأنه حالة فى الشخص لا علاقة لها بواقعة الزنا ٠ فلا يشـــترط لاثبات الاحصان شهادة أربعة رجال كما هو الحال فى جريمة الزنا ٠

---

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١١٦ ٠
(٢) فتح القدير جـ ٤ ص ١٧٦ ٠

وعند الحنفية يكفى فى اثبات الاحصان شهادة رجلين ويجيز بعض فقهاء المذهب اثبات الاحصان بشهادة رجل وامرأتين ٠

والظاهريون لا يفرقون بين اثبات الزنا واثبات الاحصان فالاحصان والزنا يثبتان بأربعة شهود ٠

ومن المتفق عليه أنه لا يشترط فى الشهادة على الزنا أن تسبقها دعوى ٠ وأن تقدم الشهود لأداء الشهادة على الزنا يترتب عليه قيام الدعوى ، لأن حد الزنا حق خالص لله تعالى ٠ والأصل فى الشريعة الاسلامية أن الشهادة فى الحدود الخالصة لله لا تستلزم لأدائها وجود دعوى قائمة ٠

القرائن

القرينة المعتبرة فى الزنا هى ظهور الحمل على امرأة غير متزوجة أولا يعرف لها زوج ويلحق بها من تزوجت بصبى لم يبلغ الحلم أو بمجبوب ومن تزوجت بالغا فولدت لأقل من ستة أشهر ٠

والأصل فى ذلك قول الصحابة رضى الله عنهم وفعلهم فقد روى عن عمر رضى الله عنه انه قال : الرجم واجب على كل من زنا من الرجال والنساء اذا كان محصنا اذا قامت بينه أو كان الحمل أو الاعتراف ٠

ويرى ابو حنيفة والشافعى واحمد انه اذا لم يكن هناك من الأدلة غير الحمل فان الزنا لا يثبت بهذه القرينة لاحتمال أن يكون الحمل من وطء لم تكتمل له شروط الزنا كان يكون نتيجة وطء بشبهة أو نتيجة

كراه وان من المقرر ان الحدود تدرأ بالشبهات فلا يقام عليها الحد الا
اذا اعترفت بالزنا .

وعند مالك تحد المرأة غير المتزوجة بظهور الحمل مالم تقم من
جانبها باثبات ما يسقط الحد ، كان تقيم الدليل على ان الفعل كان
نتيجة اكراه او ان الوطء كان بشبهة (١) .

عقوبة جريمة الزنا

النصوص المقررة لعقوبة الزنا :

كان أول ما نزل فى عقوبة الزنا قوله تعالى :

(واللاتى ياتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم،
فان شهدوا فامسكوهن فى البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله
لهن سبيلا) .

ثم قوله تعالى عقب الاية السابقة :

(واللذان ياتيانها منكم فآذوهما ، فان تابا واصلحا فاعرضوا
عنهما ان الله كان توابا رحيما) .

ثم نزل قوله تعالى :

(الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ،ولاتاخذكم
بهما رافة فى دين الله ان كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ، وليشهد

---

(١) أخذ مشروع مدونة قانون العقوبات الكويتى بالرأى القائل
باثبات جريمة الزنا الحدية بالقرينة القاطعة علاوة على الاقرار والشهادة
ونص على ذلك فى المادة ١١٢ من المشروع .

عذابهما طائفة من المؤمنين . الزانى لا ينكح الا زانيــة أو مشــركة . والزانية لا ينكحها الا زان أو مشرك وحرم ذلك على المؤمنين) .

وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قوله :

« خذوا عنى فقد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة » .

وروى عنه قوله عليه الصلاة والسلام :

« لا يحل دم امرىء مسلم الا باحدى ثلاث : كفر بعد ايمــــان ، وزنا بعد احصان ، وقتل النفس بغير حق » .

عقــوبة البــكر

كانت عقوبة جريمة الزنا فى صــدر الاسلام ، كما يبين من نص الآيتين الأولى والثانية المشار اليهما هى الحبس فى البيـــــوت والايذاء بالتعيير والتوبيخ والضرب ، ويرى جمهور الفقهاء أن هذين النصين نسخا بقوله تعالى (والزانية والزانى فاجلدوا كل واحــــد منهما مائة جلدة ..) فالبكر اذا ارتكب جريمة الزنا يعـــاقب بعقوبتين ، الأولى عقوبة الجلد ، والثانية : عقوبة التغريب ، واساس ذلك نص الآية آنفة الذكر ، وحديث رسول الله ﷺ « خذوا عنى فقد جعل الله لهن سبيلا ، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيب بالثيب جلد مائة ورجــــم بالحجارة (١) .

عقوبة الجلد :

وهى عقوبة مقدرة بمائة جلده بنص القرآن الكريم ، ولا يجــوز

---

(١) أخرجه مسلم وابو داود والترمذى من رواية عبادة بن الصامت شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٣٤ .

زيادتها أو انقاصها أو وقف تنفيذها أو استبدال غيرها بهـــا ولا يملك ولى الأمر العفو عنها .

عقوبة التغريب :

اختلف الفقهاء فى وجوب عقوبة التغريب مع الجلد .

فالحنفية يرون أن التغريب غير واجب ، لأنه عقوبة وتقريرها فيه زيادة على نص القرآن الكريم وهو نسخ له والقرآن لا ينسخ بأخبار الآحاد التى منها الحديث الوارد بالتغريب مع الجلد ، وانما يجوز للامــــام تغريب الزانى اذا رأى أن المصـلحة العامة تستدعى ذلك ، ولا يـكون التغريب عندهم فى هذه الحالة حدا ، ولكنه يكون عقوبة تعزيرية توقـع من باب السياسة (١) .

ويرى الشافعى وأحمد وجوب الجمع بين الجلد والتغريب ، وذلك استنادا الى حديث عبادة بن الصامت آنف الذكر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « خذوا عنى ، فقد جعل الله لهن ســـبيلا ، البـكر بالبـكر جلد مائـة وتغـريب عـام ، والثيب بالثيب جلد مـائة ورجـم بالحجارة » ، والى حديث أبى هريرة وزيد بن خـالد ، والعســـيف (الأجير) ، فقد رويا أن أعرابيا قدم الى الرسول ﷺ وقال : أنشدك الا قضيت لى بكتاب الله ، فقال الخصم وكان افقه منه : نعم اقض بيننا بكتاب الله وائذن لى أن اتكلم ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : «قل» قال: ان ابنى كان عسيفا عند هذا فزنى بامرأته ، وانى أخبرت ان على ابنى الرجم ، فافتديته بمائة شاه ووليدة ، وسألت أهل العلم فاخبرونى انما على ابنى

---

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٣٦ - والجامع لاحكام القرآن جـ ٥ ص ٨٩ .

جلد مائة وتغريب عام وان على امراة هذا الرجم ، فقال رسول الله ﷺ « والذى نفسى بيده لأقضين بينكما بكتاب الله ، أما الوليدة والغنم فرد عليك ، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام » (١) ٠

اما مالك فيرى أن التغريب مقصور على الرجل دون المرأة ، لأن الأصل منعها من الخروج وقال ﷺ : « أعروا النساء يلزمن الحجال » (٢) وأنه لا يجوز تغريبها دون محرم لحديث النبى ﷺ « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسافة يوم وليلة الا مع ذى محرم » فتغريب المرأة يؤدى الى تغريب احد محارمها معها دون ذنب كما يمكن لها من الفجور ويفتح لها باب الفتنة لانفرادها عن عشيرتها وعمن تخشاهم او تستحى منهم ، مما يعرضها فى التغريب لارتكاب الفاحشة ، لذلك خصص مالك عموم الحديث بالنسبة للمرأة بالمصلحة المشهود لها بالاعتبار (٣) ٠

المقصود بالتغريب :

اختلف الفقهاء بالمقصود بالتغريب :

فيرى ابو حنيفة ومالك ان التغريب معناه الحبس ، فيحبس المغرب

---

(١) المهذب جـ ٢ ص ٢٦٧ – كشاف القناع جـ ٦ ص ٩٣ ٠

(٢) الحجال : جمع حجلة ، والمراد البيت ، اى جردوهن من ثياب الخروج يلزمن البيوت – الجامع لأحكام القرآن للقرطبى جـ ٥ ص ٨٩ ٠

(٣) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٢٣٥ – حاشية الدسوقى جـ ٤ ص ٣٣٢ ٠ نص القانون الليبى رقم ٧٠ لسنة ١٩٧٣ فى شان اقامة حد الزنا على عقوبة الجلد عن حد الزنا بالنسبة للمحصن وغير المحصن واضاف عقوبة الحبس تعزيرا ، فنص فى المادة ١/٢ منه على ان يحد الزانى بالجلد مائة جلدة ويجوز تعزيره بالحبس مع الجلد ٠ =

فى البلد الذى يغرب اليه مدة سنة (١) .

وعند الشافعى واحمد معناه النفى من البلد الذى وقعت فيـــه الجريمة الى بلد اخر دون ان يحبس فى البلد الذى غرب اليه ويراقب حتى لا يعود الى البلد الذى غرب منه ، فاذا عاد يعاد تغريبه حتى يكمل الحول عند الحنابلة ، ويرى الشافعية فى خصوص ذلك ان تستانف المدة من جديد حتى لا تفرق السنة ، واذا زنى فى البلد الذى غرب اليه نفى منه الى غير البلد التى غرب منها لأن الأمر بالتغريب يتناوله حيث كان، ولانه قد انس بالبلد الذى سكنه فيبعد عنه الى بلد اخر (٢) .

ويشترط بعض الفقهاء ان يكون التغريب بالنسبة للرجل الى مسافة لا تقل عن مسافة القصر ، اما المرأة فان خرج معها محرمها غربت الى مسافة القصر (٣) وان لم يخرج معها محرمها فقد نقـل عن احمد انها

= وأما المشروع الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل بمصر ، فقد اخذ برأى الحنفية بالنسبة لعقوبة الزانى والزانيــة غير المحصنين ، فنص فى الفقرة الاولى من المادة ٤ على أن الزانية والزانى طبقا لأحكام هذا القانون يعاقب كل منهما حدا ان كان غير محصن بجلده مائة جلدة ، وأضافت الفقرة الثانية من المادة الى العقوبة الحدية عقوبة أخرى تعزيرية قررها قانون العقوبات فى الفقرتين الاولى والثانية من المادة ٢٦٧ مكررة ـ اذا صاحب ارتكاب جريمة الزنا الحدية استعمال الاكراه .

وتنص المادة ١١١ من مدونة مشروع قانون العقوبات الكويتى على أن يحد الزنا بالجلد مائة جلدة وهذة العقوبة تطبق بالنسبة للمحصن وغير المحصن .

(١) حاشية الدسوقى جـ ٤ ص ٣٣٢ .

(٢) كشاف القناع جـ ٦ ص ٩٢ .

(٣) مسافة القصر مختلف عليها بين الفقهـــاء فقال البعض : أن الصلاة تقصر فى مسيرة يوم بالسير الوسط . وقال البعض الاخر : ان أقل ما تقصر فيه الصلاة ثلاثة أيام ، وقال اخرون ان المسافة ميل فاكثر =

تغرب الى دون مسافة القصر لتقرب من أهلها فيحفظوها ، ويرى البعض الآخر أن يكون النفى من عمل حاكم الى عمل غيره ، دون تقيد بمسافة معينة بين المكانين ٠

عقـوبة المحصـن

فرقت الشريعة الاسلامية بين المحصن والبكر فى عقـــوبة الزنا ، فشددت عقوبة المحصن وخففت عقوبة البكر ، فجعلت عقوبة المحصن الجلد والرجم ، وعقوبة البكر الجلد والتغريب ٠

وعلة تشديد العقوبة على المحصن أن من افاء الله عليه نعمـــة الاحصان لا عذر له اذا ارتكب جريمة الزنا ، فاذا ارتكبها اســتحق من العقوبة اكثر مما يستحق غير المحصن الذى لم تتكامل عليه النعمـــة ، فالمحصن الذى يترك ما أحل الله له ويجرى وراء شهواته ويرتكب جريمة الزنا يكون عضوا فاسدا فى الأمة لا أمل فى اصلاحه ويكون من الخير استئصاله ٠

عقوبة الرجم (١) :

الرجم هو قتل الزانى رميا بالحجارة وما اشــبهها ٠ وهى عقوبة

جاء فى المهذب ج ٢ ص ٢٧١ : ولا تغرب المراة الا فى صحبة ذى محرم أو امراة ثقة فى صحبة مأمونة وان لم تجد ذا رحم محرما ولا امراة ثقة تتطوع بالخروج معها استؤجر من يخرج معها ، ومن أين يستأجر فيه وجهان ، من اصحابنا من قال يستأجر من مالها لانه حق عليهـا فكانت مؤنته عليها وان لم يكن لها مال استؤجر من بيت المال ، ومن اصحابنا من قال يستأجر من بيت المال لانه حق لله عز وجل فكانت مؤنته من بيت المال فان لم يكن فى بيت المال ما يستأجر به استؤجر من مالها ٠

(١) لم ياخذ القانون الليبى رقم ٧٠ لسنة ١٩٧٣ فى شأن اقامة حد الزنا بعقوبة الرجم للزانى المحصن : وكذلك مشروع مدونة قانون العقوبات الكويتى أما المشروع الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل فى مصر فنص فى المادة ٣/٤ منه على أنه فى حالة الاحصان تكون العقوبة الحدية الرجم حتى الموت ٠

قال بها جمهور الفقهاء ولم يخرج عن هذا الاجماع الا الخوارج وبعض الفقهاء المعاصرين .

ويستند جمهور الفقهاء فى ثبوت عقوبة الرجم الى الحجج الآتية :

أولا : حديث عبادة بن الصامت قال رسول الله ﷺ : « خذوا عنى ، قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام . والثيب بالثيب جلد مائة والرجم بالحجارة » .

ثانيا : ماروى عن رسول الله ﷺ فى حديث العسيف آنف الذكر ، قول رسول الله ﷺ « واغد ياانيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها ، فغدا عليها فاعترفت بامرها فامر بها رسول الله ﷺ فرجمت » (١) .

ثالثا : روى أبو هريرة قال أتى ماعز رسول الله ﷺ وهو فى المسجد فقال : يا رسول الله ، انى زنيت فاعرض عنه حتى تردد عليه أربع مرات فلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه النبى صلى الله عليه وسلم فقال : أبك جنون ؟ قال لا . قال فهل احصنت ؟ قال : نعم فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « اذهبوا به فارجموه » فرجم (٢) .

رابعا : روى سليمان بن بريدة أن النبى ﷺ جاءته امرأة من غامد فقالت يا رسول الله انى قد زنيت فطهرنى وانه ردها . فلما كان الغد ،قالت يا رسول الله لم تردنى لعلك ان تردنى كما رددت ماعـزا والله انى لحبلى قال لها « اذهبى حتى تضعى ما فى بطنك » فلما ولدت أتته بالصبى قالت هذا قد ولدته ، قال « اذهبى فارضعيه حتى تفطميه » فلما فطمته أتته

---

(١) المحلى جـ ١١ ص ٢٣٢ .
(٢) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١١٨ .

بالصبى فى يده كسرة خبز فقالت : هذا يانبى الله قد فطمته فدفع الصبى الى رجل من المسلمين ثم أمر بها فحفر لها الى صــــدرها وأمر الناس فرجموها (١) .

خامسا : ما روى عن النبى ﷺ انه قال « لا يحل دم امرىء الا باحدى ثلاث : كفر بعد ايمان ، وزنا بعد احصان ، وقتل النفس بغير حق » .

سادسا : أن السنة الصحيحة تخصص عموم الكتاب ، وقد اجاز ذلك بعض الفقهاء وذلك استنادا الى بعض آيات القرآن منها قوله تعالى (وما اتاكم الرسول فخذوه) ومنها (ومايننطق عن الهوى ، ان هو الا وحى). فما صدر عن النبى ﷺ من قول او فعل فى عقوبة الرجم وسلف بيانه فيما تقدم يخصص عموم آية الجلد .

سابعا : روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال « ان الله تعالى بعث محمدا ﷺ بالحق وأنزل عليه الكتاب فكان فيما أنزل عليه آية الرجم فقرأتها وعقلتها ووعيتها ، ورجم رسول الله ﷺ ورجمنا بعده . فاخشى ان طال بالناس زمان أن يقول قائل : مانجد الرجم فى كتاب الله فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله ، فالرجم حق على من زنى ممن أحصن من الرجال والنساء ، اذا قامت البينة أو كان الحبل أو الاعتراف (٢) » .

وقد فســـر الفقهاء ذلك أن آية الرجم نزلت وقرىء بها « الشيخ

---

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١١٨ ، ١١٩ .
(٢) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٢١ .

والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم » وعمل بها النبى ﷺ الا أن نساخ القرآن لم يدونوها فى المصاحف فلم يثبت لفظها فى القرآن ، وان ظل حكمها قائما وتلقته الأمة بالقبول (١) .

وأما الفقهاء الذين لايرون الرجم فيستندون الى الحجج الآتية (٢):

أولا : أن عموم آية الجلد « والزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » جاءت فى البكر والثيب ، فلا يجوز تخصيصها وترك الكتاب وهو ثابت بطريق القطع بأخبار آحاد يجوز فيها الكذب ، اذ ان حديث العسيف وما روى عن رجم ماعز والغامدية ، وما روى عن عمر عن آية الشيخ والشيخة أخبار آحاد كثرتها لا ترفعها الى مرتبة المتواتر من السنة ، وأن نسخ القرآن بالسنة غير جائز ، اذ ان القرآن لا تنسخه السنة ولا تزيد فيه مطلقا وانما للرسول ﷺ أن يبين ما أجمل فى القرآن فقد قال عليه الصلاة والسلام « اذا روى عنى حديث فاعرضوه على كتاب الله فما وافقه فاقبلوه وما خالفه فردوه » ولذا يستبعد أن يكون النبى ﷺ قد نسخ الآية ويما يرجح أن الرجم الذى أمر به كان قبل نزولها فضلا عن الشك فى السنة المقول بها باعتبارها أخبار آحاد ٠

ثانيا : ان الرجم أشد العقوبات قسوة ، فهى أشد من القتل

---

(١) المحلى ج ١١ ص ٢٣٥ - ٢٣٧ ٠

(٣) رأى أحد الفقهاء المحدثين ، الاستاذ مصطفى الزرقاء انه يمكن حمل توقيع عقوبة الرجم ، على أن النبى ﷺ أمر بهذه العقوبة تعزيرا لاحدا - يراجع نظام التجريم والعقاب فى الاسلام للمستشار على على منصور ص ١٨١ ، ١٨٢ ٠

قصاصا واشد من عقوبة الحرابة فكان لابد أن تثبت بنص القرآن أو السنة المتواترة وأن اخبار الرجم رويت باخبار الآحاد من غير تواتر ٠

ثالثا : قام الشك من الصحابة فى أن رجم ماعز والغامدية كان قبل او بعد آية النور التى نصت على عقوبة الجلد دون الرجم ٠ مما يثير الشك فى بقاء هذه العقوبة والشك فى الثبوت يكون شبهة فى الدليل فتسقط العقوبة به درءا للحد بالشبهات ٠

رابعا : حدد الله تعالى عقوبة زنا الاماء فى قوله تعالى « فاذا أحصن فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب » فاذا كانت المحصنات فى الآية بمعنى المتزوجات فلابد ان يكون حد المحصنات قابلا للتنصيف والرجم ليس بقابل للتنصيف مما مقتضاه أن تكون عقوبة الحرائر الجلد ، لأنها هى العقوبة التى تقبل التنصيف بخلاف الرجم ٠

وقد أجاب جمهور الفقهاء عن هذه الحجة بان المراد من المحصنات فى قوله تعالى (فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) الحرائر وهن نوعان ثيبات وأبكارا وحد النوعين على التوزيع الرجم وحلد مائة ٠ ولما كان الرجم لا ينتصف كان العذاب مخصوصا بغير الرجم بالدليل العقلى وكان الرجم عير مشروع فى حق الأرقاء (١) ٠

الجلد :

هى العقوبة الثانية للزانى المحصن طبقا لحديث رسول الله

---

(١) العقوبة للشيخ محمد أبو زهرة من ص ١٠ الى ص ١٠٤ ٠

ﷺ « خذوا عنى فقد جعل الله لهن سبيلا ، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة » .

واختلف الفقهاء فيما اذا كانت عقوبة المحصن هى الرجم وحده أم الرجم مع الجلد .

ومن يرون الجمع بين عقوبة الرجم وعقوبة الجلد يستندون الى ان القرآن نص على الجلد كعقوبة أساسية فى جريمة الزنا وذلك بقوله تعالى « الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » ثم جاءت السنة بالرجم فى حق الثيب والتغريب فى حق البكر فوجب الجمع بينهما وعلى مقتضى هذا طبق على رضى الله عنه حد الزنا فى شراحة فجلدها يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وقال : جلدتها بكتاب الله ، ورجمتها بسنة رسول الله (١) .

ويرى جمهور الفقهاء أن عقوبة المحصن الرجم دون الجلد استنادا الى أن رسول الله ﷺ رجم ماعز والغامدية . ولم يرو انه جلد واحدا منهما قبل الرجم ، وأن القاعدة ان الحد الاكبر يجب الحد الاصغر وأن العقوبة فرضت للزجر وانه لا تأثير للزجر بالضرب مع الرجم (٢) .

ويرى البعض ان الثيب ان كان شيخا جلد ورجم فان كان شابا رجم ولم يجلد لما روى عن أبى ذر قال « الشيخان يجلدان ويرجمان ، والثيبان يرجمان والبكران يجلدان وينفيان » وأساس هذا الرأى جسامة

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٣ - المحلى ج ١١ ص ٢٣٤ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٣٣ .

زنا الشيخ وقد روى أن رسول الله قال « ثلاثة لا ينظر الله اليهن ولا يزكيهم ولهم عذاب اليم : شيخ زان وملك كذاب وعامل مستكبر (١) » .

الاحصـــــــأن

تفرق الشريعة الاسلامية فى عقوبة الزنا بين المحصن وغير المحصن ، على النحو السالف بيانه .

والاحصان فى اللغة المنع قال تعالى « لنحصـنكم من بأسكم » أى لتمنعكم ، وسمى المكان الحصـين حصـنا لامتناعه على المحـــاربين من اقتحامه واطلق هذا اللفظ فى استعمال الشارع بمعنى الاســـلام وبمعنى العقل وبمعنى الحرية وبمعنى التزويج وبمعنى العفة يقال احصنت أى عفت واحصنها زوجها (٢) . وسمى من اجتمعت فيه الصفات التى ذكرها الفقهاء والتى نوردها فيما يلى محصنا لانها تمنع من ان توقعه شهواته ونزواته فى جريمة الزنا .

وشرائط الاحصان هى (٣) :

---

(١) المحلى جـ ١١ ص ٢٣٤ .
وقد أخذ المشروع الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل بمصـــر بالرأى القائل بعدم الجمع بين الجلد والرجم للمحصن ، وهذا يتفق ايضا مع ما نص عليه المشروع فى الفقرة الثانية من المادة ٨ من ان عقوبة الرجم تجب كل العقوبات الاخرى .

(٢) شـــــرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٣٠ ـ والجامع لاحكام القرآن للقرطبى جـ ٥ ص ١٢٠ .

(٣) نظم بعضهم شروط الاحصان فقال .
شـــروط الاحصــــان انت ستة فخذها عن النص مستفهما =

أولا : الوطء فى نكاح صحيح :

أن يكون هناك وطء فى نكاح صحيح ، فاذا كان النكاح فاسدا فان الوطء فيه لا يحصن ، والوطء المحرم لا يحصن ولو كان فى نكاح صحيح كوطء المرأة الحائض أو النفساء .

وعقد النكاح الخالى من الوطء لا يتوفر معه الاحصان اذ يشترط الدخول لقوله عليه الصلاة والسلام « الثيب بالثيب » والثيابة لا تكون الا بالدخول ، ولا يتوافر الاحصان ولو حصل فى عقد النكاح وطء دون الفرج أو وطء فى الدبر ، لأن هذه الأفعال لا تعتبر معها المرأة ثيبا ، والمعتبر فى ذلك ايلاج فى القبل على وجه يوجب الغسل وهو بتغيب الحشفة أنزل أو لم ينزل على ما سلف بيانه فى تعريف الوطء فى الزنا .

ويقول الفقهاء : المقصود بالمحصن انه الذى تزوج ودخل بزوجته ولو انتهت الحياة الزوجية ، بينما يرى البعض أن المحصن هو الذى له زوج يحصنه فاذا فارقه لا يسمى محصنا بالزواج ، كما أنه لا يسمى زوجا وتكون له قوة الطبع الدافعة مما يقتضى أن توقع عليه أخف العقوبتين اذا ارتكب جريمة الزنا (١) .

= بلوغ وعقل وحرية ورابعها كونه مسلما
وعقد صحيح ووطء مباح متى اختل شرط فلا يرجما
حاشية رد المختار لابن عابدين جـ ٤ ص ١٨ مطبعة الحلبى سنة ١٩٦٨ .

(١) العقوبة للشيخ محمد أبو زهرة ص ١١٠ ، ١١١ .
أخذ المشروع الذى اعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل بهذا الرأى فنصت المادة ٤/٤ منه على انه يقصد بالاحصان حصول جماع قبل الزنا فى نكاح صحيح قائم وقت ارتكاب الجريمة .

ثانيا : العقل والبلوغ :

العقل والبلوغ شرطان لأهلية العقوبة ، ويجب توافرهما فى المحصن وغير المحصن طبقا للقواعد العامة ، ويشترط توافرهما عند الوطء لا وقت ارتكاب جريمة الزنا فحسب لاعتبار الجانى محصنا عند ارتكاب الجريمة وعقابه الرجم ، فاذا حصل الوطء من صغير أو مجنون ثم بلغ أو أفاق وقت ارتكاب جريمة الزنا فلا يعتبر محصنا (١) .

ثالثا : وجود الكمال فى الطرفين حال الوطء :

ومؤدى هذا الشرط وجوب توافر شروط الاحصان فى الواطىء والموطوءة حال الوطء الذى يترتب عليه الاحصان ، فيجب لتوافر الاحصان أن يطأ الرجل العاقل امرأة عاقلة مثلا فاذا لم يتوافر هذا الشرط فى أحدهما فهما معا غير محصنين . ولو تزوج المسلم البالغ العاقل صبية أو مجنونة أو أمه ودخل بها لا يصير الزوج محصنا بهذا الدخول فاذا زنا بعد هذا الزواج فلا يرجم ، وكذلك لو تزوجت الحرة العاقلة البالغة المسلمة من عبد أو مجنون أو صبى ودخل بها لا تصير محصنة فلا ترجم لو زنت . ومرد ذلك أن تخلف أحد هذه الشروط يشعر بالنقص ، فاشتراط البلوغ لأن الصغير لا تكمل فيه رغبة الكبيرة وبالعكس . وكذا المجنونة لا يرغب فيها وكذلك ينفر المسلم عن صحبة من يخالفه فى دينه ويرى الحر انحطاطا فى أن يتزوج الرقيق فلا تكتمل الرغبة من الجانبين فتغليظ العقوبة يقوم على أن الكمال يغنى عن ارتكاب جريمة الزنا ، فاذا ارتكب الجانى الجريمة

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٠ .

بعد الكمال وقعت عليه العقوبة الأشد وهى الرجم ، وهذا ما يراه أبو حنيفة وأحمد (١) .

ولا يشترط مالك توفر شروط الاحصان فى الزوجين معـا ، ويكفى ان تتوافر شروط الاحصان فى أحد الزوجين ليكون محصنا ، ولو لم تتوافر شروط الاحصان فى الزوج الآخر ، فتحصين الرجل يتوافر اذا توافرت فيه شروط الاحصان مع اطاقة موطوءته له ولو كانت صـــغيرة أو مجنونة ، وتعتبر المرأة محصنة اذا توافرت فيها شروط الاحصان ، وكان واطئها بالغا أو مجنونا (٢) .

وفى مذهب الشافعى رأيان ، أحدهما يتفق مع رأى أبى حنيفـة وأحمد والثانى يتفق مع رأى مالك (٣) .

رابعا : الاسلام (٤)

أبو حنيفة ومالك يشترطان الاسلام استنادا الى حديث رسـول الله ﷺ : « من اشرك بالله فليس بمحصن » ولما روى من حديث أبى بكر بن أبى مريم عن على بن أبى طلحـــة عن كعب بن مالك انه أراد ان يتزوج يهودية فقال له ﷺ « لا تتزوجها فانها لا تحصنك » .

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣١ .
(٢) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨٢ .
(٣) المهذب ج ٢ ص ٢٦٦ ، ٢٦٧ .
(٤) لم يشترط مشروع اللجنة المشكلة بوزارة العدل بمصر اشتراط لاسلام فى الاحصان .

ويخالف الشافعي وأحمد وأبو يوسف في رواية هذا الرأي مستدلين بمـــا روى مسندا الى ابن عمر رضى الله عنه أن اليهود جاءوا الى النبي ﷺ فذكروا له أن رجلا منهم وامرأة زنيا،فقال لهم رسول الله ﷺ:ماتجدون في التوراة في شأن الزنا ؟ فقالوا : نفضحهم ويجلدون . فقال عبد الله ابن سلام : كذبتم ان فيها الرجم فأتوا بالتوراة فنشروها فجعل أحدهم يده على آية الرجم ثم جعل يقرأ ما قبلها وما بعدها . فقال عبد الله بن سلام : ارفع يدك فرفعها فاذا فيها آية الرجم ، فأمر بهما رسول الله ﷺ فرجما .

وقد رد الحنفية على ذلك بأن هذا الرجم كان بحكم التوراة بدليل أنه راجعهم فلما تبين أن هذا الحكم حكم شريعتهم طبق هذا الحكم على الزانيين . وقال بعض الحنفية : أن الرجم كان ثابتا في شـــرعنا حال رجمهما بلا اشتراط الاسلام . ثم نسخ بحديث : « ومن أشرك بالله فليس بمحصن » .

ويرد أصحاب الرأي الآخر على ماقال به الحنفيـــة بأن النبي ﷺ حكم عليهما بما انزل الله لقوله تعالى (وأن احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا) وأن رسول الله ﷺ راجع التوراة ليبكتهم بترك ما انزل عليهم ليعرفهم أن حكم شريعتهم يتفق مع أحكام الشريعة الاسلامية في وجوب الرجم (١) .

---

(١) شرح فتح القدير ج ٢ ص ١٣١ ، ١٣٢ .

وينبنى على ذلك ان المسلم المتزوج من كتابية اذا زنى لا يرجم عند أبى حنيفة لأنه لا يعتبر محصنا ، وكان يجب ان يكون هذا الحكم عند مالك لولا أنه لا يشترط الكمال فى الزوجين .

كما يرجم عند الشافعى وأحمد وأبى يوسف فى رواية ، لأنهم لا يرون أن الاسلام شرط من شروط الاحصان .

خامسا : الحرية :

أى أن يكون الجانى حرا غير رقيق ، والحرية شرط لتكميل العقوبة فى الاسلام (١) .

تعدد العقوبات وتنفيذ عقوبة الزنا

تعدد العقوبات :

اذا تعددت العقوبات المحكوم بها على الجانى نفذت جميعا ما لم تتداخل أو يجب بعضها البعض الآخر .

التداخـــل :

اذا تعددت جرائم الزنا من غير ان يقام الحد على الجـانى . وكان الحد واحدا ثم رفع الآمر الى القضاء وثبت للقضاء تعدد هذه الجـــرائم فانه لا يقام الا حد واحـــد لأن الحدود تقام للزجر العام وهذا لا يقتضى التعدد .

---

(١) شرح فتح القدير جـ ٢ ص ١٣١ ، ١٢٢ .

وقد اختلف الرأى فى حالة ارتكاب الجانى جريمة الزنا وهو غير محصن ورفع أمره الى القاضى ، وقبل أن يقام عليه الحد زنى بعد أن احصن ، فهل يقام عليه الحدان أم أن العقوبة الأشد تجب العقوبة الأخف ويكتفى بالرجم ؟ .

فالحنفية والمالكية والحنابلة يرون الاكتفاء بالرجـــم لما روى عن عبد الله بن مسعود أنه اذا اجتمع حدان فيهما القتل اكتفى به لأن الحدود شرعت للردع والزجر العام ، والقتل كاف فى تحقيق ذلك من غير ضـــم العقوبة الأقل اليه .

وللشافعى قولان أحدهما كقول الحنفية والمالكية والحنابلة ، والثانى أن الجانى يجلد لحال عدم الاحصان ويرجم لحال الاحصان ، وذلك لأنه تقرر حدان ولا يوجد ما يسقط أحدهما وكـــلاهما توافر ســـببه فوجب اســـتيفاؤه ، والاكتفاء بالأغلظ اهمال لحد من حدود الله ولأن حدود الله ثبتت بالنص ولا تسقط بالرأى (١) .

تنفيذ عقوبة الزنا :

تنفيذ عقوبة الزنا يكون علانية لقوله سبحانه وتعالى : (وليشـــهد

---

(١) العقوبة للشيخ محمد أبو زهرة ص ٢٩٦ ، ٢٩٧ ـ وتنص المادة ٨ من مشروع حد الزنا الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل بجمهورية مصر على أنه : لا يتداخل حد الزنا فيما سواه من الحدود ، ومع ذلك يجب حد الرجم آية عقوبة اخرى .

واذا تعددت عقوبات حد الزنا جلدا قبل تمام تنفيذ الحد فى أى منها فلا ينفذ على الزانى الا حد واحد .

عذابها طائفة من المؤمنين) فاستحب أن يأمر الأمام طائفة ـ أى جماعة ـ أن يحضروا اقامة الحد ليحقق أهدافه الشرعية من الزجر ، وقد اختلف فى العدد ، فعن ابن عباس أنه يكفى الواحد وبه قال أحمد ، وقال عطاء واسحاق اثنان ، وقال الزهرى ثلاثة ، وقال الحسن البصرى عشرة ، وعن الشافعى ومالك اربعة (١) ومن المتفق عليه ان الامام أو نائبه هو الذى يقيم الحد لأن الحد حق لله تعالى فوجب أن ينفذه نائب الجماعة وهو الامام ٠

هذا ولا يقام الحد فى المساجد اتفاقا ٠

التنفيذ فى الرجم :

الرجم هى عقوبة الزانى المحصن ، وتنفذ هذه العقوبة بأن يخرج الجانى الى أرض فضاء فاذا كان المرجوم رجلا لا يوثق ولا يحفر له سواء ثبت الزنا عليه بالبينة أو الاقرار ، لأن النبى ﷺ لم يحفر لماعز ٠

واذا كان المرجوم امرأة فيجيز أبو حنيفة الحفر لها الى صدرها ، لأن ذلك أستر لها ٠

ويرى الشافعى جواز الحفر اذا كان الحد ثابتا بالبينة فقط ، فاذا كان ثابتا بالاقرار فلا حفر ، لأن ذلك يعوق الهرب ، والهرب دليل الرجوع فى الاقرار وهذا الرجوع مسقط للحد ٠

ومذهب مالك والراجح فى مذهب أحمد عدم الحفر ٠

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٩ ٠

ويوجب ابو حنيفة ، « اذا كانت الجريمة ثبتت بالبينة » أن يبتدئ الشهود بالرجم ثم الامام ثم الناس بحيث لو امتنع الشـــهود عن الابتداء سقط الحد عن المشهود عليه ، لأن فى امتناعهم شبهة الرجوع عن الشهادة وبها يندرىء الحد ولا يحدون لأن امتناعهم ليس صريحا فى رجـــوعهم ففيه احتمال كون نفوسهم تضعف عن القتل ، وترتيبا على ذلك يرى أبو حنيفة انه اذا غاب الشهود أو ماتوا قبل الميعاد المحدد للتنفيذ أو بطلت أهليتهم للشهادة بفسق أو ردة أو جنون او غير ذلك فلا يقـــام الحد لأن ما يطرأ على صحة الشهادة وقت التنفيذ يبطلها كما لو قامت هذه الأسباب وقت القضاء ، ويستند ابو حنيفة فى ذلك الى ما روى عن على رضى الله عنه قال : « أيها الناس ان الزنا زنانان : زنا السر ، وزنا العلانية ، فزنا السر ان يشهد الشهود فيكون الشهود أول من يرمى ثم الامام ثم الناس ، وزنا العلانية ان يظهر الحبل أو الاعتـــراف فيكـــون الامام أول من يرمى » (١) .

ولا يشترط الشافعى وأحمد ومالك بداءة الشهود .

ويتبع الناس الامام فى الرجم ، ويرى البعض ان يصف الرماه ثلاثة صفوف كصفوف الصلاة كلما رجمه صف تنحوا ، والأصل فى ذلك فعل على رضى الله عنه عند رجمه شراحة (٢) .

واذا هرب المرجوم وكان مقرا بالزنا فان هروبه يعتبر رجـوعا عن الاقرار يسقط الحد . أما اذا كان الحد قد ثبت بالبينة فان هروبه لا يمنع من متابعته وتنفيذ الحد .

---

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٢٣ .
(٢) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٢٩ .

والرمى يكون بالحجارة أو ما يقوم مقامها ، والمقصود بالرجم القتل بالحجارة ، فلا يقوم مقام الرجم القتل بالأسلحة الحادة أو الأسلحة النارية أو بالشنق ، فاذا مات المرجوم فانه يغسل ويكفن ويصلى عليه ، وذلك استنادا الى ما روى عن النبى ﷺ لما رجم ماعز قالوا : يا رسول الله ما نصنع به ؟ قال : « اصنعوا ما تصنعون بموتاكم من الغسل والكفن والحنوط والصلاة عليه » (١) .

التنفيذ بالجلد :

ينفذ الجلد بسوط لا ثمرة له ، أى لا تكون له عقد فى طرفه حتى لا يجرح أو يبرح ، ويضرب الجانى ضربا متوسطا مائة مرة ، والمتوسط بين المبرح وغير المؤلم ، لأن الضرب المبرح يؤدى الى الهلاك ، وأن الضرب غير المؤلم لا يحقق المقصود من الحد وهو الزجر (٢) .

وعند أبى حنيفة ومالك تنزع عن الجانى ثيابه الا ما يستر عورته .

وقال الشافعية واحمد يترك قميص أو قميصان لأن الأمر بالجلد لا يقتضى التجريد .

وعند أبى حنيفة والشافعى واحمد يضرب الرجل قائما غير ممدود ، واما المرأة فتضرب وهى جالسة لأن ذلك استر لها ، ولا ينزع من ثيابها الا الفرو والحشو ، ويفرق الضرب على أعضاء الجسم لأن

---

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٢٥ ـ تنص المادة ٣/١١ من مشروع حد الزنا الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل بجمهورية مصر على أن يجرى تنفيذ حد الرجم فى مكان يشهده طائفة من المؤمنين وبحضور أحد أعضاء النيابة العامة وطبيب مختص ، وذلك بالرمى بحجارة متوسطة على المقاتل مع اتقاء الوجه حتى الموت .

(٢) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٢٦ ـ المهذب جـ ٢ ص ٣٧٠ ، ٣٧١ .

تركيز الضرب فى عضو واحد قد يفضى الى التلف ، والقصد من الجلد الزجر لا الاتلاف وقيل الا يتناول الضرب الرأس والوجه والفرج لقوله عليه الصلاة والسلام للذى أمره بضرب الحد : « واتق الوجه والمذاكير ؛ لأن الفرج مقتل والراس مجمع الحواس ، وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن » (١) .

التنفيذ على المريض :

اذا زنى المريض وكان حده الرجم فانه يرجم لان الحد مهلك فلا يمتنع بسبب المرض ، أما ان كان حده الجلد فلا يجلد حتى يبرأ كيلا يفضى التنفيذ الى الهلاك ولو كان المرض لا يرجى شفاؤه فعند الحنفية والشافعى يضرب بعثكال فيه مائة شمراخ فيضرب به دفعة ، ولا يقام

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٧ ـ ٣٨ تنص المادة ٧ من القانون الليبى رقم ٧٠ لسنة ١٩٧٣ فى شأن اقامة حد الزنا فى فقراتها الثانية والرابعة والخامسة ، على أن يكون تنفيذ العقوبة بسوط متوسط من الجلد ذى طرف واحد وغير معقد ، ويجرد المحكوم عليه من الملابس التى تمنع وصول الألم الى الجسم ، ويضرب ضربا معتدلا لا يمد فيه ، ويوزع الضرب على الجسم وتتقى المواضع المخوفة ـ وتجلد المراة جالسة وهى مستورة الجسم ويوزع الضرب على ظهرها وكتفيها فقط ويؤجل تنفيذ عقوبة الجلد على الحامل الى ما بعد شهرين من الوضع ـ ولا يتم التنفيذ الا بحضور طائفة من المسلمين وتنص المادة ١٣ من مشروع حد الزنا الذى اعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل بجمهورية مصر فى فقراتها الثالثة والرابعة والخامسة على أن يكون تنفيذ الجلد فى مكان يشهده طائفة من المؤمنين وبحضور أحد أعضاء النيابة العامة وطبيب مختص ، ويجلد الرجل قائما والمراة قاعدة وينزع عنهما من لباسهما ما يمنع وصول الالم الى الجسد كالفرو والحشو ونحوهما ويكون الضرب وسطا لا يخرق جلدا ولا يقطع لحما ، ويفرق على اعضاء المحكوم عليه وجسده باستثناء الوجه والرأس والمواضع المهلكة وينفذ الجلد بسوط من الجلد متوسط الطول خال من العقد غير يابس ولا متعدد الأطراف .

الحد فى البرد الشديد ، والحر الشديد خشية التلف (١) .

التنفيذ على الحامل :

اذا زنت الحامل لم تحد ولو جلدا حتى تضع حملها كيلا يـــؤدى تنفيذ الحد هلاك الولد لأنه نفس لم ترتكب اثمـــا ، فاذا ولدت وكان حدها الجلد نم تجلد حتى تبرأ من نفاسها لأن النفـــاس نوع من أنواع المرض فيؤخر التنفيذ لحين البرء ، وذلك عند أبى حنيفة ومالك والشافعى وبعض الحنابلة .

اما اذا كان الحد رجما فلا تحد حتى تفطم الولد اذا لم يكن له من يتكفل برضاعه ، لأن فى التاخير صيانة الولد من الضياع ، والأصـــل فى ذلك حديث الغامدية لما أقرت بالزنا بين يدى رسول الله وكانت حاملا قال لها عليه الصلاة والسلام « ارجعى حتى تضعى ما فى بطنك » فلما وضعت جاءت تائبة وأقرت ، فقال لها : « ارجعى حتى يستغنى ولدك » فقالت : أخاف أن أموت قبل أن احد فقال رجل « انا اقوم بتربية ولدها يا رسول الله » فامر صلى الله عليه وسلم برجمها ، فدل ذلك على أن الحكم هو تأخير اقامة الحد فى هذه الحالة اذا لم يكـــن للمولود من يكفل رضاعه (٢) .

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٧ تقضى المادة ٢/٧ من القانون الليبى رقم ٧٠ لسنة ١٩٧٣ فى شان اقامة حد الزنا بوقف الجلد كلمـــا كانت فيه خطورة على المحكوم عليه على أن يستكمل التنفيـــذ فى وقت آخر ، ونصت المادة ٢/١٣ من مشروع حد الزنا الذى اعدته اللجنـــة المشكلة بوزارة العدل بجمهورية مصر على حكمماثل لما نصت عليـــه المادة ٢/٧ المشار اليها .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٧ - وتنص المـــادة ٢/١٢ من مشروع اللجنة المشكلة آنفة الذكر على ان يوقف تنفيذ العقوبة على الوالدة المرضـــع الى أقرب الاجلين اتمامها ارضاع وليدها أو حـولين كاملين كما يوقف التنفيذ على المجنون أو من به عاهة فى العقل حتى يعود اليه رشده وذلك اذا لم يكون الحد ثابتا الا بإقرا، ه وحـــده حتى تـــكون له فرصة الرجوع فى اقراره وهو مكتمل الاهلية بالعقل قبل التنفيذ فيسقط الحد عنـــه .

مسقطات حد الزنا

يسقط حد الزنا ويمتنع تنفيذ الحد فى الأحوال الآتية :

أولا : رجوع المقر عن اقراره اذا كان الزنا ثابتا بالاقرار على النحو السالف بيانه عند الكلام فى الاقرار .

ثانيا : عدول الشهود عن شهادتهم كلهم أو بعضهم قبل التنفيذ مادام عدد الشهود الباقين يقل عن أربعة وهو نصاب الشهادة على الزنا

ثالثا : تكذيب احد الزانيين للآخر فى مذهب ابى حنيفة ، أما الأئمة الثلاثة فيرون أن التكذيب لا يسقط الحد ، وأن ادعاء النكاح لا يسقطه الا اذا قام الدليل على وجود النكاح .

رابعا : بطلان أهلية شهادة الشهود قبل التنفيذ فى مذهب ابى حنيفة ولا يأخذ الأئمة الثلاثة بهذا الرأى .

خامسا : موت الشهود قبل الرجم عند أبى حنيفة .

سادسا : زواج الزانى من المزنى بها عند ابى يوسف تأسيسا على ان الزواج يخول حق الملك والاستمتاع مما يورث شبهة تدرأ الحد ، ولا يقر فقهاء المذهب هذا الرأى لأن فعل الزنا تم وتوافرت أركان الجريمة قبل الزواج (١) .

---

(١) التشريع الجنائى الاسلامى للاستاذ عبد القادر عودة ج ٢ ص ٤٥٤ .

الفروق الجوهرية بين الزنا فى الشـريعة الاسلامية والزنا فى القانون الوضعى

اولا : بالنسبة لأساس الجريمة والعقوبات المقررة لها :

تناول قانون العقوبات المصرى جريمة الزنا فى المـــواد من ٢٧٣ الى ٢٧٧ على النحو الاتى :

مادة ٢٧٣ : لا تجوز محاكمة الزانية الا بناء على دعوى زوجها ، الا انه اذا زنى الزوج فى المسكن المقيم فيه مع زوجتـه كالمبين فى المادة ٢٧٧ لا تسمع دعواه عليها .

مادة ٢٧٤ : المراة المتزوجة التى ثبت زناها يحكم عليها بالحبس مدة لا تزيد على سنتين لكن لزوجها ان يوقف تنفيذ هذا الحـــكم برضائه معاشرتها له كما كانت .

مادة ٢٧٥ : ويعاقب ايضا الزانى بتلك المراة بنفس العقوبة .

مادة ٢٧٦ : الأدلة التى تقبل وتكون حجة على المتهـــم بالزنا هى القبض عليه حين تلبسه بالفعل أو اعترافه أو وجـــود مكاتيب أو أوراق اخرى مكتوبة منه او وجوده فى المحل المخصص للحريم .

مادة ٢٧٧ : كل زوج زنى فى منزل الزوجيـــة وثبت عليه هـــذا الأمر بدعوى الزوجة يجازى بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور .

ويبين من ذلك أن الزنا فى مفهوم القوانين العقابيـــة الحديثة ،

ومنها قانون العقوبات المصرى هو خيانة العلاقة الزوجية ، فشرط قيام جريمة الزنا فى القانون الوضعى هو وجود عقد زواج صحيح قائم فعلا او حكما ، فاذا كان الشخص غير مرتبط بعقد زواج فلا يكون مرتكبـــا جريمة الزنا ، واذا زنى مع امراة متزوجة فانه لا يعاقب باعتبـــاره زانيا وانما باعتباره شريكا لمراة زانية ، فيتعين طبقا للقـــانون الوضعى ، لتوافر جريمة الزنا أن يكون احد الطرفين أو كلاهما مرتبطا بعقد زواج ومن هذا المفهوم جعل القانون الوضعى اقامة دعـــوى الزنا بيد الزوج أو الزوجة بحسب الأحوال (المادتين ٢٧٣ ، ٢٧٧ من قانون العقوبات)، كما خول الزوج الحق فى وقف تنفيذ الحكم على الزوجة برضائه معاشرتها له كما كانت (المادة ٢٧٤ من قانون العقوبات) .

أما خارج عقد الزواج فقد نظر القانون الوضعى الى الفعـــل على أساس أنه يمس العلاقات الشخصية للأفراد ، فالقانون الوضعى لا يعاقبه على الوقاع ألا فى حالة الاغتصاب ، فان وقع الفعل بالتراضى فلا عقاب على الفعل ما لم يكن الرضا معيبا نتيجة اكراه أو صـغر السن ، ويعتبر قانون العقوبات المصرى الرضا معيبا اذا لم يبلغ المجنى عليـــه ثمانى عشرة سنة كاملة ولو وقعت الجريمة برضائه أو بنـــاء على طلبه (مادة ٢٦٩ من قانون العقوبات) .

وواضح مما تقدم أن هناك تباينا فى مفهوم الزنا فى الشـــريعة الاسلامية ومفهومه فى القانون الوضعى فالشريعة الاسلامية تعـــاقب على الزنا باعتبـــاره جريمة تمس كيان المجتمع لما يترتب على شيوع هـــذه الفاحشة من اعتداء جسيم على نظام الأسرة يؤدى الى انحلالها وفســاد المجتمع الذى يحرص الاسلام على بقائه قويا متماسكا ، فاعتبر الشـارع الاسلامى كل وطء محرم زنا سواء وقع من متزوج أو غيـر متزوج ، ولو

تم الفعل بالرضا وواجه هذه الجريمة بعقوبة رادعة تختلف باختلاف ما اذا كان الزانى محصنا أو غير محصن على التفصيل السالف بيانه على خلاف القانون الوضعى الذى حدد عقوبة الزوجة الزانية بالحبس مدة لا تزيد على سنتين (مادة ٢٧٤ من قانون العقوبات) والزوج الزانى بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور (مادة ٢٧٧ من قانون العقوبات) وهى عقوبات هينة اذا قيست بالعقوبة التى حددتها الشريعة الاسلامية للزوجة أو الزوج المحصن وهى الرجم والتى لا تقبل العفو أو الاستبدال باعتبارها حقا لله تعالى على خلاف القانون الوضعى الذى جعل اقامة دعوى الزنا بيد الزوج أو الزوجة ، وخول الزوج وقف تنفيذ الحكم النهائى الذى يصدر بادانة الزوجة على ما تقدم بيانه .

ثانيا : بالنسبة للأدلة فى جريمة الزنا :

ويرى الشراح ان جريمة الزنا تثبت فى القانون الوضعى بالنسبة للزوج الزانى ، والزوجة الزانية وشريكة الزوج الزانى باى دليل يقتنع به القاضى فيثبت بشهادة الشهود والقرائن والاعتراف شأنها فى ذلك شأن باقى الجرائم .

اما بالنسبة لشريك الزوجة الزانية فقد أوجب قانون العقوبات فى المادة ٢٧٦ منه أن يكون اثبات الزنا بالنسبة له بوسائل اثبات معينة نص عليها على سبيل الحصر هى :

١ ـ القبض عليه حين تلبسه بالفعل .

٢ ـ اعترافه .

٣ ـ وجود مكاتيب أو أوراق اخرى مكتوبة منه .

٤ - وجوده فى منزل مسلم فى المحل المخصص للحريم (١) ٠

وقد ذهب رأى الى أن المادة ٢٧٦ من قانون العقوبات تتحدث عن المتهم بالزنا ، وهو وصف يصدق على شريك الزوجة الزانية كما يصدق من باب اولى على الزوجة الزانية والزوج الزانى ، وأنه لا اجتهاد مع وضوح النص (٢) ٠

أما الشريعة الاسلامية ، فقد وضعت شروطا وقيودا لاثبات هذه الجريمة بمراعاة مبدأين : الأول الستر المندوب اليه شرعا ، الثانى : أن شدة العقوبة تقتضى التشدد فى الاثبات أخذا بقاعدة درء الحدود بالشبهات لذلك حصر الشارع الاسلامى الأدلة على ثبوت جريمة الزنا فى الشهادة ، والاقرار والقرائن على النحو السالف بيانه عند التكلم فى الأدلة على الزنا ٠

---

(١) الموسوعة الجنائية - جندى عبد الملك - ج ٤ ص ١٠٧ ، ١٠٩

(٢) مبادىء الاجراءات الجنائية فى القانون المصرى - دكتور رؤوف عبيد - طبعة ثامنة - ص ٦١٤ ٠

الفصل الرابع

حد القذف

الاصل فى تحريم القذف ، الكتاب والسنة :

وقد وردت عقوبة القذف بنص القرآن الكريم فقد قال الله تعالى : (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلده ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فان الله غفور رحيم) .

وقال الله تعالى : (ان الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة ، ولهم عذاب عظيم) .

وقال تعالى : (ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة فى الذين آمنوا لهم عذاب اليم فى الدنيا والآخرة والله يعلم وانتم لا تعلمون) .

وروى البخارى عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اجتنبوا السبع الموبقات » قالوا يا رسول الله ، وما هن ؟ قال : « الشرك بالله ، والسحر ، وقتل النفس التى حرم الله الا بالحق ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولى يوم الزحف ، وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات » .

وقد بينت الآية الأولى العقوبة ، وبينت الآيتان الثانية والثالثة والحديث الجريمة .

اركان جـريمة القذف

القذف لغة : الرمى بالشىء ، وفى الشرع : رمى بالزنا (١)

وأركان جريمة القذف التى يجب بها الحد ثلاثة :

الركن الأول : الرمى بالزنا أو نفى النسب .

الركن الثانى : أن يكون المقذوف محصنا .

الركن الثالث : القصد الجنائى .

الركن الاول ـ الرمى بالزنا او نفى النسب

يتوافر هذا الركن برمى الجانى المجنى عليه بالزنا أو نفى نسبه مع عجزه عن اثبات ما رماه به ، والرمى بالزنا قد يتضمن نفيا لنسب المجنى عليه ، وقد لا يتضمن هذا النفى ، فمن قال لشخص يا ابن الزنا فان هذا القول يتضمن نفى نسبه ورمى أمه بالزنا ، ومن قال لشخص : يازانى أو رايتك تزنى فانه يكون قد رماه بالزنا ولم ينف نسبه .

---

(١) تنص المادة (١) من القانون الليبى رقم ٥٢ لسنة ١٩٧٤ فى شأن اقامة حد القذف بان القذف هو الرمى بالزنا أو نفى النسب بأية وسيلة كانت وفى حضور المقذوف أو غيبته وفى علانية أو بدونها . وتنص المادة (١) من مشروع حد القذف الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل بمصر على أنه يقصد بالقذف فى تطبيق أحكام هذا القانون الرمى بالزنا بتعبير صريح قولا أو كتابة فى حضور المقذوف أو غيبته وعرفته المادة ١١٧ من مشروع مدونة قانون العقوبات الكويتى بأن القذف بالزنا هو رمى رجل أو لمرأة ـ عن علم وعلى خلاف الحقيقة ـ بالزنا سواء كان ذلك بالقول أو الكتابة الصريحين أو بالاشارة أو بالرسم واضحى الدلالة ، وفى حضور المقذوف أو فى غيبته ولو فى غير علانية .

واذا كان القذف بغير الزنا أو نفى النسب فلا حد فيه ، ومن ذلك اذا قال شخص لآخر يا يهودى أو يا مجوسى أو يا كافر أويا ابن الكافر . وكان المجنى عليه مسلما فان الجانى يكون قد آذى المجنى عليه . وكذلك اذا قال شخص لاخر : يا كافر وهو يهودى أو نصرانى أو مجوسى فان الجانى يأثم واذا قال لشخص يا فاسق أو ياخبيث أو يافاجر يا شارب الخمر يالاعب القمار مثلا ففى جميع هذه الحالات اذا كان المجنى عليـــه غير متصف بما نسبه اليه الجانى فانه يكون قد وجه اليه سبـا يخدش كرامته وهو من المعاصى التى يعاقب عليها بالتعزير ، أما اذا كان المجنى عليه يتصف بهذه الصفات فلا عقاب لأنه بفعله يكون قد الحق بنفسه الشين ، ويرجع فى تحديد الفعل المكون للجريمة الى العرف ، فاذا لم يكن القول الموجه الى المجنى عليه معتبرا فى العرف مما يلحق العار بالمجنى عليه فلا عقاب عليه (١) .

وقد اتفق الفقهاء على ان رمى المحصنين كرمى المحصنات لأن الرجال والنساء مخاطبين بأحكام نصوص القـــرآن الا اذا ثبت تخصيص النص باحدهما دون الآخر ، وليس فى الأحكام التى فرضت حد القذف السالف بيانها ما يوجب التخصيص ، ولأن الله تعالى قال (والمحصـــنات من النساء) فذكر كلمة من النساء بعد المحصنات دل على أن لفظ المحصنات ليس خاصا بالنساء فقط اذ لو كان ذلك لذكر (من النساء) معنى وحاشا لله من ان ياتى فى كلامه بلفظ لا معنى له . فصح ان المحصـنات يقع على النساء والرجال وأن المراد بالمحصـنات فى آية القذف الأنفس أو الفروج المحصنات (٢) .

---

(١) التعزير فى الشريعة الاسلامية ، الدكتور عبد العزيز عامـــر ١٢٠ - ١٢٧ .

(٢) المحلى جـ ١١ ص ٢٦٩ ، ٢٧٠ .

وان الحكمة من العقوبة فى جريمة القذف وهى منع اشاعة الفاحشة بين المؤمنين بكثرة الترامى بهـا تتوافر بالنسبة لرمى الرجـــال الذين اشتهروا بالعفة بهذه الفاحشة من غير بينة لما يترتب على ذلك من افساد الاخلاق بتسهيل ارتكاب جريمة الزنا لمن يتردد فيها من الشباب .

وقد خرج بعض الخوارج على هذا الاجماع ويرون ان حد القـــذف خاص برمى النساء دون الرجال لأن النص وارد فيهن فيجب قصره عليهن وأن مناط تعميم تطبيق النصوص التساوى وان هذا التســاوى لا يتــوافر بالنسبة لرمى الرجل والمرأة فى هذه الجريمة لأن رمى المرأة بالزنى أشد تأثيرا فى حياتها من رمى الرجل (١) .

وعند جمهور الفقهاء لا يشترط توافر العلانية فى القذف ، فالقذف مؤثم لذاته لا للظروف المحيطة به فلا فرق فى الشريعة بين ارتكاب الجـريمة فى السر ومقارفتها علانية .

واعتبر بعض الشافعية القذف فى خلوة صغيرة غير موجب للحـــد لخلو القذف فى هذه الحالة من مفسدة الايذاء (٢) .

والقذف بأى لغة موجب للحد طالما تحققت اركانه وكان التعبير بتلك اللغة صريحا فى الرمى بالزنا أو نفى النسب .

---

(١) العقوبة للشيخ محمد ابو زهرة ـ ص ١١٦ .

(٢) لم يشترط مشروع حد القذف الذى اعدته اللجنـــة المشكلة بوزارة العدل العلانية فى القذف اخذا برأى جمهور الفقهاء .

وقد اختلف الفقهاء فى مدى توافر القذف فى بعض صـــور الرمى نورد أهمها فيما يلى :

القذف الصريح والقذف بالتعريض (١) :

القذف الصريح هو الذى تكون عبارته صريحة فى نســـبة الزنا او نفى النسب ، ولا تحتمل غير ذلك كان يقـول القاذف للمقذوف : يا زان أو رأيتك تزنى أو يا ابن الزنى ، ولا خلاف فى أن هذا القذف معـــاقب عليه بالحد .

وقد يكون القذف بالقول أو الكتابة الصريحين أو الاشارة أو الرسم الواضحى الدلالة ، وبأى لغة لأن مفهوم النص المحـــرم للقذف والمبين لعقوبته فى كتاب الله يسع ذلك لأنه لم يخصص طريقة معينة يكون بهـا القـــذف (٢) .

واذا كان القذف غير صريح فى نسبة الزنا الى المقذوف فلا يقـــام الحد فلو قال شخص لامرأة فلان جامعك حراما ، فـلا حـد عليـه لأن القذف بالزنا لم يتحقق ، اذ يجوز ان يكون الوطء حـراما ولا يكون زنا كالوطء بشبهة .

---

(١) إشترط مشروع حد القذف الذى أعدته اللجنة المشكله بوزارة للعدل فى مصر وكذلك مشروع مدونة قانون العقوبات الكويتى لتوافـر حد القذف أن يكون الرمى بتعبير صريح (يراجـــع هامش ص ٢٨٨ من هذا المؤلف) .

(٢) نظام التجريم والعقاب فى الاسلام . للمستـشار على منصور ص ٢٧٥ .

اما القذف بالتعريض أو الكناية فهو الذى يحتمل غير الرمى بالزنا، بان يقول القاذف للمقذوف مثلا : ما أنا بزان أو ليست أمى بزانية أو أنت ازنى منى أو يقول لامراة دنست فراش زوجك أو نكست رأســـه ، فقد اختلفت آراء الفقهاء فى شأنه .

فعند الحنفية والظاهرية وفى رواية فى مذهب احمد لا حـــد فى القذف بالتعريض أو الكناية وانما فيه التعزير لأن القذف بالتعـــريض أو الكناية محتمل وهو ما يورث شبهة يندرىء بها الحد (١) .

ويرى الشافعى عدم وجوب الحد فى القذف بالتعريض أو الكناية ، الا اذا ثبت أن القاذف نوى به القذف ، لأن الكناية مـــع النية بمثابة الصريح . واذا لم يقصد بما قاله من تعريض أو كناية القـــذف لم يجب الحد سواء كان ذلك فى حال الخصومة أو غيرها لأنه يحتمل القـــذف وغيره فاذا أقر أنه أراد بما قاله القذف حد (٢) .

وعند مالك التعريض بالقذف يوجب الحد فهو عنده كالصريح كان يقول فى حال الغضب « أنا مازنيت » وجعله بمثـــابة ان يقول « انك زنيت » فالتعريض فى رأيه يوجب الحد اذا فهم منـــه القـذف أو دلت القرائن على أن القاذف قصد القذف ، ومن القرائن ان يكون القذف حال الغضب أو الخصام (٣) .

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩١ - كشاف القناع ج ٦ ص ١١١.
(٢) الاحكام السلطانية للمـاوردى ص ٢١٨ - المهذب ج ص ٢٧٣.
(٣) حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٣٢٧ .

وفى رواية لأحمد يسوى بين القذف بالكناية والتعريض وبين القذف بعبارة صريحة ، واستدل على ذلك بأن عمر رضى الله عنه جلد رجلا قذف بالتعريض فقد شاور الصحابة فى رجل قال لاخـر : ما أنا بزان ولا أمى بزانية : فقالوا ان القائل قد مدح أباه بما قال ، ولكن عمر قال انه بقوله هذا قد عرض بصاحبه وجلده الحد (١) .

القذف باللواط :

الأصل عند الفقهاء ان كل ما يوجب حد الزنا على فاعله يوجب حد القذف على القاذف ، وكل مالا يوجب حد الزنا لا يوجب حد القذف على القاذف به ، فمن قذف شخصا بالمباشرة دون الفـرج أو بالوطء بشبهة فلا حد عليه لأنه لم يقذفه بما فيه حد الزنا وانما يعـزر .

وقد اختلف الفقهاء بالنسبة للقذف باللواط ، وأساس هذا الخـلاف اختلافهم فى اعتباره زنا أم عدم اعتباره زنا يوجب الحد ، فالقـاذف باللواط يحد حد القذف عند من يعتبر الفعل زنا ولا حد القذف عند من لا يعتبر اللواط زنا .

فلا يرى أبو حنيفة حد القاذف باللواط ، لأنه لا يعتبر اللواط زنا ، ولذلك فلا يعتبر الرمى باللواط رميا بالزنى يوجب اقامة حـد القذف ، وانما توقع على الرامى فى هذه الحالة عقوبة تعزيرية (٢) .

---

(١) المغنى ج ١٠ ص ٢١٢ ـ المحلى ج ١١ ص ٢٧٦ فتـح القدير ج ٤ ص ١٩١ طرح مشروع اللجنة المشكلة بوزارة العدل فى مصر اعتبـار الفاظ الكناية والتعريض قذفا ورأت اللجنة الاقتصار فى وسيلة التعبير عن القذف على صريح التعبير بالقول أو الكتابة دون غيرها من الوسـائل ، كالاشارة والرسم لما تنطوى عليه تلك الوسائل الاخيرة من شبهات تسقط الحد فى نظرها وعلى هذا تنص المادة ١ من مشروع حد القذف (يراجع هامش ص ٢٨٨ من هذا المؤلف) .

(٢) لم يعتبر مشروع القذف الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل الرمى باللواط قذفا يوجب الحد .

اما مالك والشافعى واحمد فإنهـــم يرون ان اللواط زنا ويرون أن الرمى باللواط يوجب اقامة الحد (١) .

المقذوف به غير متصور وجوده فى المقذوف :

الأصل فى ذلك أنه اذا لم يكن المقذوف به متصور وجوده فى المقذوف فلا حد على القاذف ، ولكنه يعزر لارتكابه معصية ليست فيها عقـــوبة مقدرة ، وذلك كمن ينفى نسب آخـــر عن أمه لأنه كذب محض لأن نفى النسب عن الام لا يتصور لانها ولدته حقيقة ، أو قال له لست لرجـــل أو لست لانسان ، لأن ذلك لا يمكن ان يتصور ، فكان كذبا لا قذفا ولا يكون فيه حد القذف .

ومن هذا القبيل ان يكون المقذوف خصيا أو مجبوبا .

فعند ابى حنيفة والشافعى ومالك لا يحد القاذف لأن العار مرتفع عن المقذوف بدون الحد بسبب العلم بكذب القاذف والحد انما يجب لنفى العار (٢) .

وعند أحمد يقام الحد استنادا الى أن نص القذف عام فيطبق سواء كان المقذوف قادرا على الوطء أو عاجزا عنه ، ولأن امكان الوطء أمـــر خفى لا يعلمه كثير من الناس فلا ينفى العار عن من لم يعلمه بدون الحـــد فيجب كقذف المريض (٣) .

---

(١) يراجع فى تفصيل اراء الفقهاء المحلى ج ١١ ص ٢٨٤ ، ٢٨٥
(٢) شرح فتح القدير ج ٣ ص ١٩١ .
(٣) التعزير فى الشريعة الاسلامية للدكتور عبد العزيز عـــامر ص ١٦٦ ، ١٦٧ - التشريع الجنائى الاسلامى للاستاذ عبد القادر عودة ج ٢ ص ٤٧١ .

القذف المقيد بالشرط والمضاف لأجل :

يشترط فى اقامة حد القذف أن يـكون القذف مطلقا عن الشـــرط والاضافة الى وقت معين ، فمن قال لآخر : اذا دخلت هذه الدار فانت زان فدخل فلا حد عليه ، وكذلك اذا قال لآخر : انت زان وابن الزانيـة غداً ، فجاء الغد فلا حد عليه ، لأن تعليق القذف على شرط واضافتـه لأجل يمنع من وقوعه قذفا للحال (١) .

القذف فى دار الحرب :

لا يعتبر نقل القذف الى المقذوف قذفا من الناقل بشرط ان يثبت انه ناقل وان تكون صيغة عبارته واضحة الدلالة انه ينقل عن غيره ، فـــاذا كلف شخص اخر الذهاب الى فلان ليقول له : يازان فذهب الرسول ونقل ذلك الى المقذوف بأن ذكر ان فلانا أرسله اليه ليوجه عبارات القذف فلاحد على الرسول ، أما اذا اقتصر على توجيه عبارات القذف فقط فهو قاذف ويحـــد .

القذف فى دار الحرب :

يشترط ابو حنيفة لاقامة حد القذف ان يكون القذف فى دار الاسلام فان كان القذف فى دار الحرب أو دار البغى فلا حد على القاذف لأنـه لا ولاية للامام على دار الحرب وقت القذف .

---

(١) التعزير فى الشريعة الاسلامية ـ للدكتور عبد العزيز عـــامر ص ١٦٧ .

ويخالف الأئمة الثلاثة هذا الرأى ويرون وجــوب الحد مادام ان القاذف يلتزم بأحكام الاسلام أينما حل ٠

الشروط الواجب توافرها فى الرامى :

يشترط فى القاذف أن يكون مكلفا أى عاقلا بالغا وأن يكون مختارا وقت ارتكاب الجريمة ، وهى الشــروط اللازم توافرها للمساءله العقابية فى جرائم الحدود ، فان كان القاذف صبيا أو مجنونا أو كان لا اختيار له ولا ارادة فيما صدر منه كالمكره ففى هذه الحالات لا يقام الحد ٠

وأما بالنسبة للسكر بمحرم ، فقد ذهب أبو حنيفة الى أن من تناول المسكر يكون فى هذه الحالة مسئولا عن افعاله مسئولية كاملة ، ويرى الشافعية أن السكران مكلف ويقام عليه الحد تغليظا عليه ولم يفرقوابين السكر بمحرم أو لا ، بينما يرى الحنابلة والمالكية وأهل الظاهر اشتراط العقل فلا يحد السكران (١) ٠

كما ذهب الفقهاء الى اشتراط الا يكون القاذف أصلا للمقذوف على خلاف سيأتى تفصيله فى دعوى القذف ٠

---

(١) يراجع فى تفصيل ذلك فصل تحمل التبعة من هذا الكتاب - وتنص المادة ٣ من القانون الليبى رقم ٥٢ لسنة ١٩٧٤ على أنه يشترط فى القاذف أن يكون عاقلا مختارا أتم ثمانى عشرة سنة وقت ارتكاب الجريمة قاصدا القذف عالما بمدلول ما قذف به ٠

وتنص المادة ٢ من مشروع حد القذف الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل فى مصر على أنه : يشترط فى القاذف أن يكون بالغا عاقلا مختارا والا يكون أصلا لمقذوف من جهة الاب أو الام ٠

قد أخذ مشروع حد القذف الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل فى مصر بمذهب الحنفية فى إقامة الحد على السـكران اذا كان سـكره محرم وجاء بالمذكرة الايضاحية للمشروع لتبرير الاخذ بهذا المدهب أنه أبلغ اثرا فى تنقية المجتمع مما شاع فيه فى زماننا من فساد بسبب تعاطى الخمور وأنواع أخرى محرمة تذهب بالعقل الذى كرم الله به بنى الانسان، ومن ثم يكون اعفاء هؤلاء من الحد تشجيعا لهم ولغيرهم ممن هم على شاكلتهم على ارتكاب الجرائم خاصــة الموجبة للحدود والتعلل بزوال العقل وسقوط التكليف بغية التهرب من العقوبات التى حددها الله جل شأنه رحمة للناس ٠

الركن الثانى ـ احصان المقذوف

يشترط لوجوب حد القذف أن يكون المقذوف معلوما ، فاذا لم يكن معلوما فلا حد على القاذف ، ولكنه يعزر لارتكابه معصية ليست لهـا عقوبة مقدرة ، فمن قال لجماعة : أحدكم زان أو قذف بالزنا جد اخر دون أن يبين أى جد يريد أو أخاه دون أن يبينه ، وكان للمقذوف اكثر من اخ لأن الذى عناه القاذف فى كل هذه الحالات يعتبر مجهولا ، وأن الحد فرض لدفع العار عن المقذوف فوجب ان يكون معلوما .

كما يشترط فى المقذوف أن يكون محصنا رجلا كان أو امراة وسند اشتراط الاحصان قوله تعالى : (والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) . وتخلف أى شرط من شـروط الاحصان مانع من اقامة حد القذف ويقتصر الأمر على توقيع عقـوبة تعزيرية .

والاحصان فى الجرائم على نوعين : احصان الرجم واحصان القذف وقد بينا شروط احصان الرجم فى جريمة الزنا ، اما شـروط احصـان المقذوف فهى :ـ

أولا ـ العقل :

يشترط فقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة العقل فى المقذوف وعلة ذلك أن المقذوف يرمى بالزنا وهى جريمة لا تقع الا من عاقل والمجنون لايعير بالزنا لعدم تكليفه فاذا كان المقذوف مجنونا ، فلا يجب الحد على القاذف وانما يعاقب بعقوبة تعزيرية .

وعند المالكية ، الجنون المطبق الذى يصـاحب المقـذوف من حين بلوغه الى حين قذفه لا تتخلله افاقة هو الذى لا يجب الحد على قاذفه أما اذا بلغ صحيحا ثم جن أو كان يفيق ويجن فان قاذفه يحد ، ولم يشترط

جمهور الفقهاء الذين اشترطوا توافر العقل فى المقذوف ذلك واكتفـــوا بالقول بعدم اقامة الحد على القاذف اذا كان المقذوف مجنونا وقت القذف

ولا يشترط أهل الظاهر العقل فى المقذوف لأن المجنـــون عندهم محصن بمنع الله تعالى له من الزنا وبمنع أهله .

ثانيا - البلوغ :

اذا كان المقذوف صبيا فقد اختلف الفقهاء :

فعند أبى حنيفة والشافعى ورواية عن أحمد يشترط لوجوب الحد بلوغ المقذوف لأن البلوغ احد شرطى التكليف ، فاشبه العقل ، ولأن زنا الصبى لا يوجب الحد فلا يجب الحد بالقذف به وأن الحد فرض لدفـــع العار عن المقذوف ولو فرض لحوق عار للصبى بنسبة الزنا اليه فليـــس الحاقا على وجه الكمال فيندرىء الحد (١) .

وقال مالك وفى رواية لأحمد : لا يشترط البلوغ لأن المقـــذوف الحر العاقل العفيف عن الزنا يتعير بالقذف مادام القذف يمكن صدقه فاشـــبه الكبير ، فيستطيع الوطء ان كان ذكرا ويطيـــق الوطء ان كان انثى ، فيجب أن يكون المقذوف كبيرا يجامع مثله وان لم يكن بالغا وأدنى سن لذلك عشر سنوات للغلام ، وتسع سنوات للبنت (٢) .

ويرى الظاهريون أن الصغار محصونون بمنع الله تعـــالى لهـــم من الزنا ، وبمنع أهليهم ويدخلون فى جملة المحصنات بمنع الفروج من الزنا وأن على قاذفهم الحد (٣) .

---

(١) فتح القدير ج ٤ ص ١٩٢ ، ١٩٣ .
(٢) المغنى ج ١٠ ص ١٠٢ - كشاف القناع ج٦ ص ١٠٦ - حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٣٢٦ .
(٣) المحلى ج ١١ ص ٢٧٣ .

ثالثا ـ الحرية:

يشترط جمهور الفقهاء لوجوب حد القذف ان يكون المقذوف حـرا فلا يرون اقامة الحد على قاذف العبد أو الامة ويسـتندون فى دلك الى ماروى عن ابى هريرة ان الرسول صلى الله عليه وسلم قال : « من قذف مملوكه بريئا مما قال اقيم عليه الحد يوم القيامة الا أن يكون كما قال» .

ويرى ابن حزم الظاهرى وجوب حد القذف على قاذف العبد والأمة وذلك لقوله تعالى : (يا أيها الناس انا خلقناكم من ذكـر وأنثى ـ الى قوله ـ ان اكرمكم عند الله أتقاكم) ، وأن التفرقة بين العبد والحر فى هذا الخصوص غير مقبولة ، وان تخفيض العقوبة على الرقيق الى النصف فى الحد الذى يتبعض مرده الى ضعفهم بين الناس ، ولا يتخذ من ذلك حجة للقول بانه لا حرمة للعبد أو الأمة (١) .

رابعا ـ الاسلام :

المتفق عليه بين جمهور الفقهاء أن يكون المقذوف مسلما رجلا كان أو امرأة ، ودلك لما روى ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم قوله«من أشرك بالله فليس بمحصن » ولكنهم اختلفوا فى حـــالة نفى النسب اذا كانت أم المنفى نسبه رقيقا أو غير مسلمة ، لأن نفى النسب عن الابن فى هذه الحالة يتضمن رميها بالزنا .

---

(١) المحلى ج ١١ ص ٢٧١ ، ٢٧٢ ، ٢٧٣ .

فيشترط ابو حنيفة أن تكون الأم مسلمة وحرة فاذا لم تكن كذلك فلا حد على القاذف وعند المالكية والشافعية والحنابلة لا يشـــترط فى أم المنفى نسبه أن تكون مسلمة أو حرة فيحد القاذف ولو كانت أم المنـفى نسبه كافرة أو أمة (١) .

والظاهريون لا يشترطون اسلام المقذوف لاقامة حد القذف وحجتهم فى ذلك اطلاق نص الاية (والذين يرمون المحصنات) ونص حـــديث « اجتنبوا السبع الموبقات » وأن هذا الاطلاق ينفى اشتراط الاسلام (٢) .

خامسا ـ العفة :

اختلف الفقهاء فى المقصود بالعفة المشترطة لاعتبار المقذوف محصنا

عند أبى حنيفـة :

العفة عند أبى حنيفة الا يكون المقذوف وطىء فى عمره وطأ حراما فى غير ملك ولا نكاح أصلا ولا فى نكاح فاسد فسادا مجمعا عليه ، فـان كان قد فعل شيئا من ذلك سقط احصانه لعدم العفة سواء كان الوطء زنا موجبا للحد أم لا فمن يطأ امرأة زفت اليه وهى غير امرأته تسقط عفته لأنه وطء حرام فى غير ملك ولا نكاح ، ولكنه لا يحد لوجود دليل ظاهر أستباح به الفعل ، أما اذا وطىء زوجته النفساء أو الحائض أو الصائمة أوالمحرمةللحج فلا تسقط عفته لقيام النكاح حقيقة ، ولو أن الوطء فى ذاته محرم (٣) .

---

(١) المهذب جـ ٢ ص ٢٧٢ ـ فتح القدير جـ ٤ ص ١٩٣ .
(٢) المحلى جـ ١١ ص ٢٧٤ ، ٢٧٥ .
(٣) الكاسانى جـ ٧ ص ٤٠ .

والعفة عند مالك هى سلامة المقذوف من فعل الزنا قبل قذفه وبعده ومن ثبوت حده عليه لأن ثبوت الحد يستلزم فعل الزنا ، فان كان فعـل شيئا من هذا أو ثبت عليه حد الزنا فهو غير عفيف ، وان كان قد وطىء وطئا محرما لا حد فيه فهو عفيف (١) .

وعند الشافعى العفة هى سلامة المقذوف قبـل القـذف وبعده من فعل يوجب حد الزنا عليه ، فان أتى ما يوجب حد الزنا فهو غير عفيف، وان قذف من وطىء وطئا محرما لا يجب به الحد كمن وطىء امرأة ظنها زوجته أو وطء فى نكاح مختلف فى صحته ففيه وجهان : أحدهما انه لا يجب عليه الحد لأنه وطء محرم ولم يصادف ملكا فيسقط العفـة والاحصان كالزنا ، والثانى أنه وطء لا يجب به حد الزنا فلا يسقط العفة والاحصان كما لو وطىء زوجته وهى حائض (٢) .

---

(١) مواهب الجليل ج ٧ ص ٣٠٠ - حاشية الدسوقى ج٤ص٣٢٦
(٢) المهذب ج ٢ ص ٢٧٢ .

تنص المادة (٢) من القانون الليبى رقم ٥٢ لسنة ١٩٧٤ فى شأن اقامة حد القذف على انه « يشترط فى المقذوف ان يكون مسلما عاقـلا ذا عفة ظاهرة عما رمى به » .

وتنص المادة (٣) من مشروع حد القذف الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل فى مصر على أنه يشترط فى المقذوف أن يكون بالغا عاقلا معينا محصنا ، ويقصد بالاحصان العفة وهى البعد عن الزنا ظاهرا .

وتنص المادة ٢/١١٨ من مدونة مشروع قانون العقوبات الـكويتى أنه يشترط لاقامة حد القذف الا يكون المقذوف فرعا للقاذف وأن يـكون مسلما عاقلا ذا عفة ظاهرة وأن يكون ممن يتأتى منه ما قذف به .

ويلاحظ أن المشروع المصرى لم يشترط أسلام المقذوف أخذا برأى أهل الظاهر خلافا للقانون الليبى والمشروع الكويتى ، وقد أخـذت جميعها بمذهب الحنابلة فى العفة تيسيرا لاثباتها على نحو منضبط .

والامام احمد لا يشترط العفة المطلقة كما يرى أبو حنيفة ولا العفة الفعلية عن الزنا كما يشترطهما مالك والشافعى ، وانما يكتفى بالعفة الظاهرة عن الزنا ، فمن لم يثبت عليه الزنا ببينة أو اقرار ، ومن لم يحد للزنا فهو عفيف ، وان كان تائبا من زنا أو ملاعنة (١) .

ويشترط الأئمة الثلاثة أبو حنيفة ومالك والشافعى أن يكون الاحصان متوفرا قبل القذف وبعده ، حتى تنفذ العقوبة لأنه يتعين توافر شروط الاحصان الى أن يقام الحد ولأن زنا المقذوف يقوى ما نسبه اليه القاذف من ارتكابه هذا الفعل من قبل .

ويرى احمد ان الحد وقد وجب وتم بعد استيفاء شروطه فلا يسقط بزوال هذه الشروط .

الركن الثالث ـ القصد الجنائى

جريمة القذف من الجرائم العمدية فيجب أن يتوافر عندالجانى القصد ، ويتحقق القصد الجنائى فى هذه الجريمة اذا رمى القاذف المقذوف بالزنا أو نفى النسب بعبارات يفهم مدلولها وهو يعلم أن ما رماه به غير صحيح (٢) ويعتبر هذا العلم متوافرا لدى الجانى اذا عجز عن اثبات صحته ، اذ يعتبر عجز الجانى عن اثبات صحة ما رمى به المقذوف قرينة

---

(١) الاقناع جـ ٤ ص ٢٦ ـ كشاف القناع جـ ٦ ص ١٠٥ .

(٢) المادة ٣ من القانون الليبى رقم ٥٢ لسنة ١٩٧٤ فى شأن اقامة حد القذف والمادة ١١٧ من مشروع مدونة قانون العقوبات الكويتى اشترطا لتوافر الحد علم القاذف بمدلول ما رمى به .

لا تقبل اثبات العكس أو النقض على علم الجانى بعدم صحة القـــذف ولا يشترط أن يقصد الجانى الاضرار بالمقذوف ولا عبرة بالبواعث التى دفعته الى القذف .

أما علم الجانى بتحريم الفعل ، فهو مفترض طبقا للقاعدة المقررة فى فقه الشريعة ، بأن الأصل انه لا يقبل فى دار الاسلام العذر بجهـــل الأحـــكام .

دعـوى القـــذف

الأصل فى الشريعة الاسلامية أن خصومة المجنى عليه ليست شرطا فى اقامة دعوى متعلقة بحد من حدود الله ، واستثنوا من ذلك حد القذف. فاشترط جمهور الفقهاء خصومة المجنى عليه لقيام دعوى القذف ، وذلك لأن دعوى القذف تمس عرض المقذوف وسمعته ، وقد يختار الستر على نفسه فلا يثير الخصومة ، ولأن للقاذف ان يثبت صحة ما قذف به ، فان اثبته فان المقذوف يسأل عن جريمة الزنا .

وأما أهل الظاهر فلم يشترطوا المطالبة لاقامة الحد لأن حد القذف عندهم حق لله تعالى تقام الدعوى به دون مطالبة أحد من العباد .

وقد اختلف الفقهاء فى قبول دعوى الولد قبل الوالد اذا قذفه :

فيرى ابو حنيفة والشافعى واحمد ان الوالد وان علا اذا قذف ولده وان نزل لم يجب عليه الحد سواء كان القاذف رجلا او امرأة لان عقوبة القذف وان كانت حدا الا انها متعلقة بحقوق الأفراد ولا تستوفى عقوبته

الا بالمطالبة فهو اشبه بالقصاص ، ولأن الحد يدرأ بالشبهات ، فلا يجب للابن على أبيه كالقصاص .

وفى مذهب مالك قولان : أحدهما يتفق مع الرأى السابق والاخر يجيز للابن ان يطالب أباه بحد القذف لأن نص القذف عام ولأن العقوبة حد لا تمنع القرابة من اقامته (١) .

ومن المتفق عليه أن المقذوف وحده هو الذى يملك الخصومة فى دعوى القذف ان كان حيا ، ولا تقبل هذه الدعوى من غيره حال حياته مهما كانت صلته به (٢) .

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٧ .

(٢) تنص المادة (٩) من القانون الليبى رقم ٥٢ لسنة ١٩٧٤ فى شان اقامة حد القذف على انه لا تقام الدعوى فى جريمة القذف الا بناء على شكوى المقذوف أو ورثته خلال ثلاثة أشهر من العلم بها وبمرتكبها واذا كان المقذوف قاصرا لم يتم ثمانى عشرة سنة فتقبل منه الشكوى ما لم يعترض عليها وليه فاذا كان الولى هو القاذف فتقبل الشكوى ممن يليه فى الولاية أو من القاصر .

واشترطت المادة (٤) من مشروع حد القذف الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل بمصر لاقامة الدعوى ان يفصح المقذوف عن نيته فى طلب اقامة الحد فنصت على انه « لايجوز رفع الدعوى الا بناء على شكوى بطلب اقامة الحد شفوية او كتابية الى النيابة العامة أو الى احد مامورى الضبط القضائى من المقذوف أو وكيله الخاص - وترفع الدعوى من رئيس النيابة أو من يقوم مقامة باحالتها الى محكمة الجنايات مباشرة » .

واخذ مشروع مدونة قانون العقوبات الكويتى بذات المبدا فنصت المادة ١٢٠ منه على أنه لا تسمع دعوى القذف الا بناء على شكوى المقذوف وفى خلال ثلاثة أشهر من تاريخ علمه بالواقعة ومرتكبها .

أما اذا خاصم المقذوف ثم مات قبل الفصل فى الدعوى ، فقد اختلف الفقهاء فى جواز استمرار الخصومة بعد موته .

فيرى أبو حنيفة سقوط الدعوى بموته لأن حق الخصومة فى دعوى القذف حق مجرد وليس مالا يورث ، ويخالفه مالك والشافعى واحمد ويرون أن حق الخصومة يورث فيحل ورثته فى هذه الحالة محله فى الخصومة فاذا لم يكن للمقذوف وارث سقطت الدعوى (١) .

وفى مذهب مالك يجوز للمقذوف حال حياته اقامة وصى للقيام باستيفاء الحد بعد وفاته ويحل محله فى الخصومة (٢) .

واذا قذف شخص ثم مات المقذوف بعد القذف وقبل الشكوى سقط حق المخاصمة ، فليس لورثة المقذوف ان يخاصموا القاذف الا اذا كان المقذوف قد مات وهو لا يعلم بالقذف لأن سكوته فى هذه الحالة لا يمكن حمله على أنه تنازل عن المخاصمة .

واذا كان المقذوف ميتا فالأئمة الأربعة وجمهور الفقهاء يبيحون رفع الدعوى على القاذف ويختلفون فيمن يملك المخاصمة .

فيرى أبو حنيفة أن الخصومة تكون لولد المقذوف الميت ذكرا كان أم انثى وابن ابنه وابن بنته وان سفلوا ووالده وان علا لأن العار يلحق الوالد والولد لمكان الجزئية فيكون القذف متناولا لهما معنى ، ولا يخول هذا الحق للأخ او العم ، ويرى أبو حنيفة تخويل هذا الحق الى ولد

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٩ .
(٢) حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٣٣١ .

البنت خلافا لمحمد الذى لا يرى تخويله حق المخاصمة لأنه منسـوب الى أبيه لا الى أمه فلا يلحقه الشين بزنا أبى أمه (١) .

ويرى مالك أن حق الخصومة يكون لفروع المقذوف وان سـفلوا وأصوله وان علوا ، فان لم يكن أحد من هؤلاء فللعصـبة والأخـوات والجدات ، ولا يخول هذا الحق للزوجين (٢) .

وفى مذهب الشافعية ثلاثة أوجه فى حق الخصومة فى هذه الحالة: احدهما أن يرث هذا الحق جميع الورثة لأنه موروث فكان لجميع الورثة كالمال ، والثانى أنه لجميع الورثة الا لمن يرث بالزوجية لأن الحد يجب لدفع العار ولا يلحق زوج عار بعد الموت لأنه لا تبقى زوجية ، والثالث أنه يرثه العصبات دون غيرهم كولاية النكاح (٣) .

وعلة تخويل هذا الحق للورثة بعد الوفاة ، هو تمكينهم من دفع العار الذى يلحقهم .

هذا ويرى أبو حنيفة أنه لا أثر للتقادم فى دعوى القذف لأن قبـول الشهادة فى القذف رهن باقامة الدعوى التى يملك المقذوف وحده اقامتها فاذا تأخر فى اقامتها انتفت التهمة عن الشهادة وهى علة استبعادها اذا تقادمت (٤) .

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٤ ، ١٩٥ .
(٢) حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٣٣١ .
(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٥ ـ المهذب ج ٢ ص ٢٧٥ .
(٤) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦١ .
وقد خالف هذا الرأى القانون الليبى رقم ٥٢ لسنة ١٩٧٤ فى شأن اقامة حد القذف فتنص المادة ١/٩ منه على أن ميعاد رفع الدعوى فى جريمة القذف ثلاثة أشهر من العلم بها وبمرتكبيها ، كما حددت المادة(٥)

اثبات حـد القـــذف

يثبت حد القذف بالطرق الاتية :

أولا : الاقرار :

تثبت جريمة القذف بالاقرار ، وجمهور الفقهاء ومنهم أبو حنيفة ومالك والشافعى يرون انه يكفى أن يكون الاقرار مرة واحدة فى مجلس القضاء (١) .

وقال احمد وأبو يوسف بانه يجب لقيام الحد أن يحصل الاقـرار مرتين اعتبارا بالشهادة فلو أقر مرة واحدة لا يقام الحد وانما يعـــاقب بعقوبة تعزيرية .

والرجوع فى الاقرار لا يقبل عند بعض الحنفية لأن حـــد القـذف عندهم حق للعبد فلا يسقط بعد ثبوته ، ولا يقبل الرجوع عند احمد (٢).

من مشروع حد القذف الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل بمصـر ميعاد رفع دعوى القذف بستة أشهر من يوم علم المقذوف بالجريمـــة ومرتكبيها وحددت المادة ١٢٠ من مشروع مدونة قانون العقوبات الكويتى ميعاد رفع دعوى القذف بثلاثة اشهر من تاريخ علم المقذوف بالواقعـة ومرتكبيها ، وذلك لان فوات المدد المنصوص عليها دون اقامة الدعـوى ينطوى على التفريط الذى يسوغ عدم سماعها .

(١) العقوبة للشيخ محمد أبو زهرة ص ٢٤٧ .

(٢) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٢٨ ، ١٢٩ .

تقضى المادة (٥) من القانون الليبى رقم ٥٢ لسنة ١٩٧٤ فى شأن اقامة حد القذف بأن تثبت جريمة القذف بالاقرار ولو مرة واحدة أمـام

ثانيا : شهادة الشهود :

يشترط فى شهود القذف ما يشترط فى الشهود فى جرائم الحــدود من البلوغ والعقل والحفظ والقدرة على الكلام ، والعدالة والاسلام وانعدام القرابة والعداوة والتهمة والذكورة والأصالة على ما سبق بيانه ٠

وبالنسبة لعدد الشهود فيكفى لاثبات جريمة القذف شهادة شاهدين، أما بالنسبة لنفى التهمة فللمتهم بالقذف أن ينكر واقعة القذف وله أن يشهد على عدم حصول القذف أى عدد من الرجال أو النساء ، أو يدعى أن المقذوف أعترف بصحة القذف ويثبت ذلك بشهادة رجلين أو رجــل وامرأتين ، أو يعترف بالقذف ويشهد على صحة الواقعة المقذوف بهــا أربعة شهود يتوافر فيهم ما يشترط فى شهود الزنا ، واذا كان زوجــا واعترف بالقذف فله أن يلاعن الزوجة ٠

ولا تقبل الشهادة السماعية او كتاب القاضى الى القاضى (١) ٠

= السلطة القضائية أو بشهادة رجلين وتنص المادة (٦) من المشروع الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل بمصر على أن اثبات القذف يكون فى مجلس القضاء وباحدى الوسيلتين الاتيتين :

الأولى ـ اقرار الجانى قولا أو كتابة ولو مرة واحدة ، ويشترط أن يكون غير متهم فى اقراره وأن يكون اقراره منصبا على ارتكاب الجريمة بأركانها ٠

الثانية ـ شهادة رجلين مسلمين بالغين عاقلين عدلين مبصــرين قادرين على السمع والتعبير قولا أو كتابة ـ وتقبل شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض ٠

ويفترض فى الشاهد العدالة ما لم يقم الدليــل على غير ذلك ـ ويشرط أن تكون الشهادة بالمعاينة وصريحة الدلالة على وقوع الجريمة بأركانها ٠

وتنص المادة ١٢٣ من مشروع مدونة قانون العقوبات الكويتى على أن يثبت حق القذف باقرار الجانى مرة واحدة فى مجلس القضــاء أو بشهادة رجلين ٠

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٢١٠ ـ تراجع الشروط العــامة للشهادة ص ١٥٨ وما بعدها من هذا المؤلف ٠

ثالثا : اليمين :

يثبت القذف عند الشافعى باليمين اذا لم يكن لدى المقذوف دليل اخر ، فله أن يستحلف القاذف فاذا نكل القاذف ثبت القذف فى حقـــه بالنكول ، كما يرى أن يستحلف القاذف المقذوف اذا لم يكن لدى القاذف بينه على صحة القذف فان نكل المقذوف عن اليمين اعتبر القذف صحيحا ولا يقام الحد على القاذف ، ويقصر الشافعى الاستحلاف فى الحدود على القذف لأن حق القذف عنده حق للعبد .

ويذهب بعض الحنفية الى جواز الاستحلاف وهم من يرون أن حـد القذف حق للعبد ، ويرى البعض الاخر بعدم الحلف استنادا الى أن حق القذف حق لله تعالى ، وأن الحقوق التى تتعلق بالله لا يقضى فيها باليمين أو النكول .

ولايجوز عند مالك وأحمد الاثبات باليمين فى القذف [١] .

---

(١) التشريع الجنائى الاسلامى للاستاذ عبد القادر عـــودة ج ٢ ص ٤٩٠ ، ٤٩١ .

عقـوبة القـذف

للقذف عقوبتان :

١ - عقوبة اصلية وهى الجلد .

٢ - عقوبة تبعية ، وهى عدم قبول الشهادة (١) .

والأصل فى هاتين العقوبتين قول الله تعالى : (والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون ، الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فان الله غفور رحيم) .

عقوبة الجلد :

مقدارها ثمانون جلدة بنص القرآن الكريم ، ولا تقبل انقاصا أو استبدالا أو عفوا من ولى الأمر .

---

(١) تقضى المادة (٤) من القانون الليبى رقم ٥٢ لسنة ١٩٧٤ فى شأن اقامة حد القذف بأن يعاقب بالجلد ثمانين جلدة ولا تقبل له شهادة كل من ثبت عليه ارتكاب جريمة القذف .

وتنص المادة (٩) من مشروع حد القذف الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل بمصر على ان يعاقب القاذف حدا بجلدة ثمانين جلدة - ولا يجوز ابدال هذه العقوبة أو تخفيفها كما لا يجوز لغير المقذوف العفو عنها ، وللمقذوف أن يوقف تنفيذ الحد الى ما قبل اتمامه .

ويترتب على تنفيذ الحد عدم قبول شهادة المحكوم عليه مالم يتب ، وللمحكوم عليه بعد التنفيذ أن يطلب الى المحكمة اثبات توبته فى محضر المحكمة بتكذيبه نفسه فى جلسة علنية يعلن بها الشاكى ويلحق هذا المحضر بالحكم .

وتنص المادة ١٢١ من مشروع مدونة قانون العقوبات الكويتى على أن حد القذف هو : (أ) الجلد ثمانين جلدة . (ب) الحرمان من الشهادة حتى التوبة .

ويعد القاذف تائبا اذا كذب نفسه أمام القضاء فيما رمى به المقذوف

عدم قبول الشهادة :

يعاقب القاذف أيضا بعقوبة تبعية تترتب على تنفيذ الحد عليه وذلك بعدم قبول شهادته ، لأنه ارتكب معصية من غير أن يتوب ففقد شرط العدالة الواجب توافرها لقبول الشهادة ٠

وقد اختلف فى سقوط الشهادة مع التوبة ، وأساس ذلك الاختلاف فى تفسير قوله تعالى : (ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا) فمن رأى أن الاستثناء يعود الى أقرب مذكور فى الاية قال : ان التوبة ترفع الفسق ويبقى المنع من قبول الشهادة على إطلاقه وتابيده ومن رأى أن الاستثناء يعود على الجملة السابقة كلها ويتناول الأمرين جميعا قال : ان التوبة ترفع الفسق كما ترفع عدم قبول الشهادة فتوبة القاذف ترد اعتباره ، فتقبل شهادته ويمحى فسقه (١) ٠

كيفية التوبة :

قال فريق من الفقهاء ، ان التوبة تكون بتكذيب القاذف نفسه ، ذلك أن القاذف قد لوث عرض المقذوف ، وبالتكذيب يزول ذلك التلوث فتكون التوبة به ٠

بينما ذهب بعض الفقهاء أن توبة القاذف كتوبة غيره ، أمر بينه وبين ربه ومرجعها الى الندم على ما قال والعزم على أن لا يعود ، ولذلك يكتفى فى توبة القاذف بصلاح العمل وحسن الحال دون اشتراط تكذيب القاذف نفسه (٢) ٠

---

(١) العقوبة للشيخ محمد ابو زهرة ص ١٢٢ ، ١٢٣ شرح فتح القدير جـ ١ ص ٢٠٦ ٠

(٢) تنص المادة (١٥) من القانون الليبى رقم ٥٢ لسنة ١٩٧٤ فى شأن اقامة حد القذف على أن تسقط عقوبة عدم قبول الشهادة بتوبة المحدود ، ويعتبر تائبا اذا رد اليه اعتباره وفقا لأحكام رد الاعتبار الواردة فى قانون الاجراءات الجنائية بينما تشترط المادة (٩) من المشروع الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل فى مصر والمادة ١٢١

تداخل عقوبات القذف :

اختلف الفقهاء فى تكييف حد القذف ، وما اذا كان الغالب فيه حق الله أو حق الفرد ، ومن قال منهم بتغليب حق الله تعالى ، يرى أن الحد شرع للزجر ، فيجرى فيه التداخل فى العقوبات كسائر الحقوق المتعلقة بالله تعالى ، ومن رأى ان الغالب فيه حق الفرد قال بعدم التداخل عند اختلاف السبب .

فيرى أبو حنيفة ومالك وابن حزم الظاهرى ان عقوبات القذف تتداخل الى وقت تنفيذها ، فمن قذف مرات متعددة ، ولكن لم يقم عليه الحد فى هذه الجرائم ففى هذه الحالة يقام عليه حد واحد (١) .

وعندهم أنه لو قذف جماعة فى كلمة واحدة بان قال : أيها الزناة أو كلمات متفرقة بأن قال : يا زيد أنت زان ويا خالد انت زان ويا عمر أنت زان ، فانه لايقام عليه الا حد واحد ، لأن المغلب فيه حق الله تعالى وهو مقرر للزجر فيجرى فيه التداخل (٢) .

من مشروع مدونة قانون العقوبات الكويتى أن تكون التوبة التى تسقط عقوبة عدم قبول الشهادة بتكذيب القاذف نفسه أمام القضاء .

(١) تنص المادة (١٢) من مشروع حد القذف الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل فى مصر على أنه لا يتداخل حد القذف فيما سواه من الحدود وان تعددت جرائم القذف قبل تمام تنفيذ الحد فى أى منهما فلا ينفذ على القاذف الا حد واحد ، وينفذ الحد فور القضاء النهائى به ، ولا تسقط عقوبة الحد بعد القضاء بها بمضى اية مدة .

وتنص المادة ١٢٤ من مدونة مشروع قانون العقوبات الكويتى على أن يقام حد واحد على الجانى اذا قذف جماعة سواء كانوا مجتمعين فى مجلس واحد أو متفرقين فى مجالس شتى وكذا اذا تكرر القذف فى شخص واحد قبل صدور الحكم البات .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٨ ، ٢٠٩ ـ حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٣٢٧ ـ المحلى ج ١١ ص ١٣٤ .

ويرى الشافعى أنه اذا قذف شخصا واحدا عدة مرات قبل أن يحد فان العقوبات تتداخل ويقام حد واحد عنها جميعا اذا كان القذف بزنا واحد ، ويطبق هذا الحكم لو قذفه كل مرة بزنا اخر لأن العقوبات كلها جنس واحد لمستحق واحد فتتداخل ، وهناك رأى مرجوح فى مذهب الشافعية يقول بتعدد الحد بتعدد وقائع القذف لأن القذف من حقوق الادميين فلا تتداخل كالديون (١) .

ويرى الشافعى أنه لو قذف جماعة فينظر ، فان كان قد قذف كل واحد منهم على الانفراد وجب لكل واحد منهم حد ، وأن قذفهم بكلمة واحدة ففيه قولان : قال الشافعى فى القديم يجب حد واحد لأن كلمة القذف واحدة فوجب حد واحد كما لو قذف مرة واحدة ، وقال فى الجديد يجب لكل واحد منهم حد ، وهو الراجح ، لأنه الحق العار بقذف كل واحد منهم فلزمه لكل واحد منهم حد كما لو أفرد كل واحد منهم بالقذف (٢) .

وأما أحمد فيرى أنه اذا قذف شخصا واحدا عدة مرات ولم يحد فيحد مرة واحدة سواء قذفه بزنا واحد او أكثر واذا قذف جماعة بكلمات متفرقة فلكل واحد منهم حد لأن القذف من حقوق الأفراد ، واذا قذف جماعة بكلمة واحدة فحد واحد ، وفى رواية أخرى عنه أنه يلزمه لكل واحد منهم حد كامل (٣) .

---

(١) المهذب ج ٢ ص ٢٧٥ .
(٢) المهذب ج ٢ ص ٢٧٥ - فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٩ .
(٣) المغنى ج ١ ص ٢٣١ - كشاف القناع ج ٦ ص ١١٤ .

وعند مالك يتداخل حد القذف مع حد الشرب لاتحاد موجب كل من الحدين « ثمانون جلدة » أما الأئمة الثلاثة فلا يرون ما ذهب اليه مالك من التداخل بين حد القذف وحد الشرب .

وفيما عدا ذلك فان المتفق عليه أن حد القذف لا يتداخل مع عقوبة اخرى ولو كان القتل رجما أو قصاصا لأنه حق للفرد فلا يتسامح فيه (١) .

كيفية تنفيذ العقوبة :

الأصل أن تنفيذ العقوبة يتم بالكيفية التى تنفذ بها عقوبة الجلد بالزنا الا أن الفقهاء عدا مالك قالوا : ان الجانى لا يجرد من ثيابه عند التنفيذ بخلاف التنفيذ بحد الزنا ، وانما ينزع عنه الفرو والحشو لأن ذلك يمنع ايصال الألم اليه ، ومرد هذه التفرقة أن سبب الحد بالنسبة الى القاذف الكذب ، وهو غير مقطوع به لجواز كونه صادقا ، غير أنه عاجز عن الاثبات لأن العقاب يلحق الجانى باعتبار كونه كاذبا حقيقة أو حكما بعدم اقامة البينة ، وذلك بخلاف الزنا الذى يثبت بيقين من شهادة الشهود أو الاقرار به (٢) .

---

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٣٠٩ ـ التشريع الجنائى الاسلامى للاستاذ عبد القادر عودة جـ ٢ ص ٤٩٥ .

(٢) فتح القدير جـ ٤ ص ١٩٢ ـ تراجع الأحكام الخاصة بتنفيذ الجلد بالزنا ص ٢٧٦ وما بعدها من هذا المؤلف .

طبقا للمادة (١٤) من القانون الليبى رقم ٥٢ لسنة ١٩٧٤ فى شأن اقامة حد القذف يكون تنفيذ العقوبة بسوط من الجلد متوسط ذى طرف واحد غير معقد ، ويجرد المحكوم عليه من الملابس التى تمنع وصول الالم الى الجسم ويضرب ضربا معتدلا لا يمد فيه ، ويوزع الضرب على الجسم ، وتتقى المواضع المخوفة ، وتجلد المرأة جالسة وهى مستورة الجسم ويوزع الضرب على ظهرها وكتفيها فقط ، ويؤجل تنفيذ عقوبة

قـذف الزوج زوجتـه
اللعـــان

لما كان نص آية القذف عاما لم يفرق في العقوبة بين من قـــذف الزوجة وقذف الأجنبية فقد قال سائل لرسول الله صلى الله عليه وسلم : « أرأيت لو وجد أحدنا امرأته على فاحشة كيف يصنع ؟ ان تكلم تـكلم بأمر عظيم ، وان سكت سكت على مثل ذلك ، واذا ذهب لياتى بالشهود انتهى كل شيء » (١) ، ثم عاد السائل الى رسول الله وقال : « ان الذى سألتك عنه ابتليت به » ، فنزل قول الله تعـــالى : (واللذين يرمـــون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة احدهم أربع شـــهادات بالله انه لمن الصادقين ، والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين،

الجلد على الحامل الى ما بعد شهرين من الحمل وتنص المادة (١٣) من مشروع حد القذف الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل في مصر على ان ينفذ الحد فى مكان يشهده طائفة من الناس وبحضور احـد اعضاء النيابة العامة وطبيب مختص ـ وتنص المادة (١٤) من المشروع على ان يجلد الرجل قائما بلامد ولاقيد والمرأة قاعدة وتشد عليها ثيابها وتمسك يداها ، وينزع عنهما من لباسهما ما يمنع وصول الالم الى الجسد كالفرو والحشو ونحوهما ـ ويكون الضرب وسطا لا يخرق جلدا ولا يقطع لحما ويفرق على اعضاء المحكوم عليه وجسده باستثناء الوجه والـــرأس والمواضع المهلكة ، وينفذ الحد بسوط من الجلد متوسط الطول خال من العقد غير يابس ولا متعدد الاطراف ٠

وتنص المادة (١٨) من المشروع المذكور على الا يؤخر تنفيذ الجلد أو الضرب الا بقرار من رئيس النيابة العامة اذا كانت فيه خطورة على المحكوم عليه بعد أخذ رأى الطبيب المختص ٠

(١) المهذب جـ ٢ ص ١١٨ وما بعدها (كتاب اللعان)

ويدرأ عنها العذاب أن تشـــهد أربع شـهادات بالله انه لمن الكاذبين ٭ والخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين) .

واللعان مصدر لاعن ومعناه الطرد والابعاد ، وخصه الفقهاء بما يجرى بين الزوجين من الشهادات والألفاظ المبينة بالاية ، وسمى كذلك لوجود لفظ اللعن من الزوج فى الخامسة تسمية الكل باسم الجزء .

ويستفاد من النص :

أولا : أن رمى الزوجة بالزنا لا يوجب الحد

ثانيا : ان يحل محل الحد اللعان

والزوجية التى توجب اللعان بدل حد القذف هى الزوجيـة القائمة حقيقة أو حكما بأن تكون الزوجة معتدة من طـلاق رجعى ولا تعتبـــر زوجة اذا كانت أجنبية عن الزوج بأن طلقها وانتهت عدتها .

ويشترط الحنفية وجوب أن تكون الزوجة حرة مسلمة عفيفة يجب حد القذف على من يرميها بالزنا فلا يجب على الزوج اللعـــان اذا قذف زوجته الذمية أو غير الحرة او التى أقيم عليها حد الزنا ، لأن اللعـان قائم مقام حد القذف فاذا كان القذف لا يجب فاللعان لا يجب ايضا .

وعند جمهور الفقهاء أن من يرمى امرأته فى دار الاســـلام يجب أن يلاعن لعموم نص آية اللعان ، وأن اللعان حكم قائم وأن مؤداه يغنى عن حكم القذف (١) .

---

(١) العقوبة للشيخ محمد أبو زهرة ص ١٢٦ ، ١٢٧ المهذب جـ٢ ص ١٣٤ ـ ١٣٨ طبقا للمادة (٨) من القانون الليبى رقم ٥٢ لسنة ١٩٧٤ فى شأن اقامة حد القذف أنه : « اذا رمى الزوج زوجته أو مطلقته رجعيا

واذا امتنع أحد الزوجين عن اللعان ، فقد قال جمهور الفقهاء باقامة الحد على من نكل فان نكل الزوج الذى رمى أقيم عليه الحد اذا استوفيت شروط حد القذف ، وذلك لعموم نص الاية التى تفرض هذا الحد ، ولأن اللعان يقوم مقام حد القذف فاذا لم يتم أقيم حد القذف واذا امتنعت الزوجة فقد صدقته فى دعوى الزنا فيقام عليها الحد .

وعند أبى حنيفة أنه لا حد فيمن أبى ، ولكن يحبس الزوج حتى يلاعن ، وتحبس الزوجة حتى تلاعن ، لأن الامتناع عن ايفاء حق مستحق عليه لقوله تعالى : (فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله) . وكذلك تحبس الزوجة اذا امتنعت حتى تلاعن لأنه حق مستحق عليها ، وهى قادرة على ايفائه فتحبس حتى توفيه .

بالزنا أو بنفى الولد وجب اللعان أمام المحكمة المختصة بنظر مسائل الاحوال الشخصية ، ويجرى اللعان ولو كانت الزوجة غير مسلمة أو غير عفيفة أو كان الرجل غير أهل للشهادة أو اخرس متى كان عاقلا أتم ثمانى عشرة سنة ، فاذا امتنع الزوج عن اللعان يحد حد القذف ، واذا امتنعت الزوجة عن اللعان حكمت المحكمة بحبسها حتى تلاعن أو تصدق الزوج فيما رماها به ، فاذا صدقته تحد حد الزنا ، اذا كذب الرجل نفسه بعد هذا اللعان يحد حد القذف » .

وطبقا للمادة (١٠) من مشروع حد القذف الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل فى مصر يعاقب بحد القذف من رمى زوجته بالزنا اذا عجز عن اثبات ما رماها به وامتنع عن ملاعنتها أو كذب نفسه بعد الملاعنة ، ويجرى اللعان قولا أو بكتابة الاخرس وان كانت الزوجة غير مسلمة أو عفيفة ويترتب على اللعان انقضاء الدعوى .

وتقضى المادة ١١٩ من مشروع مدونة قانون العقوبات الكويتى بأن: « يعد قاذفا الزوج اذا رمى زوجته أو مطلقته رجعيا بالزنا أو ينفى الولد وامتنع عن رفع دعوى اللعان امام المحكمة المختصة أو كذب نفسه بعد رفعها » .

واذا كذب الزوج نفسه بعد تمام اللعان ، فقد اتفق الفقهاء بأنه يجب عليه حد القذف لأنه بتكذيب نفسه يكون قد وافق المرأة على أنها لم تزن ، فيجب عليه الحد لاقراره لما يوجبه .

آثار اللعـــان :

يترتب على اللعان ما يلى :

أولا : سقوط الحد .

ثانيا : التفريق بين الزوجين

والأصل فى هذا التفريق السنة ، فقد روى أن النبى صلى الله عليه وسلم بعد أن حلف كلا الزوجين حلف اللعان فرق بينهما وقال : «ذلكم التفريق بين متلاعنين » .

ولا ريب أن فى هذا التفريق مصلحة الأسرة اذ تقضى مصلحتهـــا الافتراق بعد انهيار الثقة بين الزوجين .

وقال الحنفية ان التفريق لا يقع بين الزوجين بعـد اللعان حتى يفرق بينهما القاضى .

وقال الشافعى ومالك ان التفـريق يتم من غير قرار يصـــدر من القاضى .

ويروى عن عثمان البتى أن اللعان لا يوجب التفريق بينهمـــا لا بحكم القاضى ولا بغير حكم ، وهذا الرأى الذى انفـــرد به البتى يخالف احاديث اللعـــان .

ثالثا : نسب الولد .

اذا كان نفى نسب الولد هو أساس اللعان نفى نسبه من ابيه وألحق بامه .

مسقطات العقوبة

يسقط حد القذف فى الحالات الاتية (١) :

أولا : اثبات القاذف لصحة القذف :

اذ يسقط حد القذف اذا اثبت القاذف صحة مارمى به المقذوف وذلك .

---

(١) تنص المادة (٣) من القانون الليبى رقم ٥٢ لسنة ١٩٧٤ فى شان اقامة حد القذف على أنه « يسقط حد القذف فى كل من الحالات الاتية :

١ - اثبات القاذف لصحة القذف شرعا .
٢ - عفو من له الحق فى الشكوى حتى تمام تنفيذ الحد .
٣ - تصديق المقذوف للقاذف .

وفى جميع الاحوال لا يجوز توقيع أية عقوبة عن فعل القذف بموجب اى قانون اخر » .

وتنص المادة (٧) من مشروع حد القذف الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل بجمهورية مصر على أنه لا يحكم بحد القذف فى الحالتين الاتيتين :

١ - ثبوت صحة واقعة القذف باحدى الوسيلتين الاتيتين :
(أ) تصديق المقذوف قاذفة فيما رماه به .
(ب) اتيان القاذف بأربعة رجال يشهدون بصحة الواقعة .
٢ - زوال احصان المقذوف فى أية حالة كانت عليها الدعوى

وتنص المادة (١٢٢) من مدونة مشروع قانون العقوبات الكويتى على أن يسقط حد القذف بعفو المقذوف أو بزوال احصانه حتى صدور الحكم البات - واذا كان المقذوفون متعددين فلا يسقط الحد الا بعفوهم أو زوال احصانهم جميعا .

لقوله تعالى : (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) ومقتضى هذه الآية أن من يقيم الدليل على صحة ما رمى به لا يقام عليه حد القذف .

ثانيا : تصديق المقذوف للقاذف :

ذلك أن تصديق المقذوف للقاذف يتضمن اثبات صـــحة ما نسبه الى المقذوف .

ثالثا : عدول الجانى عن اقراره :

يرى جمهور الفقهاء ان عدول القاذف عن الاقرار يســقط الحد ويعتد بهذا العدول الى ما قبل صيرورة الحكم نهائيا

ويرى أبو حنيفة أنه يجوز للقاذف أن يعدل عن اقراره حتى التنفيذ لأن بقاء الاقرار لازم عنده باعتباره شرط استيفاء .

والرجوع فى الاقرار لا يقبل عند بعض الفقهاء استنادا الى أن حد القذف عندهم حق للعبد فلا يسقط بعد ثبوته (١) .

رابعا : رجوع الشهود عن شهاداتهم .

خامسا : تكذيب المجنى عليه لشهوده .

هذا التكذيب مسقط للحد عند أبى حنيفة .

ويرى مالك أنه اذا كذب المجنى عليه شهوده قبل سماعهم فـــلا تسمع شهاداتهم ، واذا كذبهم بعد أداء الشهادة فلا يلتفت الى تكذيبه .

سادسا : بطلان أهلية الشهود قبل التنفيذ عند أبى حنيفة .

سابعا : زوال احصان المقذوف فى أية حالة كانت عليها الدعوى

---

(١) يراجع ص ٣٠٧ من الكتاب .

وذلك طبقا لرأى جمهور الفقهاء ، لأن احصان المقذوف شـــرط لاقامة الحد على القاذف ، فاذا زال احصانه تسقط تبعا لذلك دعـــواه على قاذفه .

ويرى الامام أحمد ان الحد وقد وجب بعد استيفاء شروطه فلا يسقط بزوال هذه الشروط (١) .

ثامنا : عفو من له الحق فى الشكوى

اختلف الفقهاء فى أثر العفو فى سقوط الحد لاختلافهم فى تكييف طبيعة القذف ، فمن قال انه حـق لله تعالى لم يجز العفو ، ومن قال انه حق للأفراد أجاز العفو .

فيرى الشافعى وأحمد ان العفو يسقط الحد لأن حد القذف عندهما حق خالص للآدمى أو حق الادمى فيه غالب كالقصاص ، فيجوز العفو فيــه .

وقال أبو حنيفة ومالك ، أنه لايجوز العفو عن حـد القـذف بعـد الترافع والحكم لأنه حق خالص لله تعالى ، وحق العبد كان فى الخصومة فقط .

فاذا ثبتت الجـريمة وحكم بالحد أصبح الحق متعلقـا بأمر الله تعالى ، فلا يجوز العفو فيه (٢) .

---

(١) يراجع ص ٣٠١ من الكتاب .

(٢) العقوبة للشيخ محمد أبو زهرة - ص ٣٤٩ ، ٣٥٠ .

وتنص المادة ٨ من مشروع حد القذف الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل فى مصر على أن تسقط دعوى القذف بعفو المقذوف فى أى حالة كانت عليها .

وجاء فى المذكرة الايضاحية لهذا المشروع تعليقا على هذه المادة أن اللجنة رأت الأخذ بمذهب الامام الشافعى وأحمد والشيعة الجعفرية اعتبارا بتغليب حق العبد على حق الله تعالى فى حد القذف تقديما بما لحق العباد لحاجتهم اليه وغنى الله عنه .

الفروق الجوهرية بين القذف فى الشريعة الاسلامية وفى القـانون الوضعى

نص الشارع المصرى على جرائم القذف والسب فى المواد من ٣٠٢ الى ٣٠٩ على النحو الآتى :

مادة ٣٠٢ : يعد قاذفا من أسند لغيره بواسطة احدى الطرق المبينة بالمادة ١٧١ من هذا القانون أمورا لو كانت صادقة لأوجبت عقـاب من أسندت اليه بالعقوبات المقررة لذلك قانونا أو أوجبت احتقاره عند أهل وطنه .

ومع ذلك فالطعن فى أعمال موظف عام أم شخص ذى صفة نيابية عامة أو مكلف بخدمة عامة لا يدخل تحت حكم هذه المادة اذا حصـــل بسلامة نية وكان لا يتعدى أعمال الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العـامة وبشرط اثبات حقيقة كل فعل اسند اليه .

ولا يقبل من القاذف اقامة الدليل لاثبات ما قذف به الا فى الحالة المبينة فى الفقرة السابقة .

مادة ٣٠٣ - يعاقب على القذف بالحبس مدة لا تتجـاوز سـنتين وبغرامة لا تقل عن عشرين جنيها ولا تزيد على مائتى جنيه أو باحـدى هاتين العقوبتين فقط .

فاذا وقع القذف فى حق موظف عام أو شخص ذى صفة نيابية عامة

أو مكلف بخدمة عامة وكان ذلك بسبب أداء الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة كانت العقوبة الحبس وغرامة لا تقل عن خمسين جنيها ولا تزيد على خمسمائة جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين فقط .

مادة ٣٠٤ - لا يحكم بهذا العقاب على من اخبر بالصدق وعدم سوء القصد الحكام القضائيين أو الاداريين بامر مستوجب لعقوبة فاعله

مادة ٣٠٥ - أما من اخبر بامر كاذب مع سوء القصد فيستحق العقوبة ولو لم يحصل منه اشاعة غير الأخبار المذكورة ولم تقم دعوى بما أخبر به .

مادة ٣٠٦ - كل سبب لا يشتمل على اسناد واقعة معينة بل يتضمن باى وجه من الوجوه خدشا للشرف أو الاعتبار يعاقب عليه فى الأحوال المبينة بالمادة ١٧١ بالحبس مدة لاتتجاوز سنة وبغرامة لا تزيد على مائة جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين .

مادة ٣٠٦ مكررا - يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سبعة ايام كل من تعرض لأنثى على وجه يخدش حياءها بالقول أو الفعل فى طريق عام او مكان مطروق .

فاذا عاد الجانى الى ارتكاب جريمة من نفس نوع الجريمة المنصوص عليها فى الفقرة السابقة مرة أخرى فى خلال سنة من تاريخ الحكم عليه فى الجريمة الأولى تكون العقوبة الحبس لمدة لا تزيد على ستة اشهر وغرامة لا تزيد على خمسين جنيها .

مادة ٣٠٦ مكـــررا (٢) ـ يكون الحـد الأدنى لعقوبات الحبس فى الجرائم المنصوص عليها فى المواد ٣٠٢ و ٣٠٣ و ٣٠٦ خمسة عشر يوما ، والحد الأدنى للغرامة فى الجريمة المنصوص عليها فى المـــادة ٣٠٦ عشرة جنيهات اذا كان المجنى عليه فى الجرائم المذكورة موظفـا عاما بالسكك الحديدية أو غيرها من وسائل النقل العام ووقع عليـــه الاعتداء وقت اداء عمله أثناء سيرها أو توقفها بالمحطات .

مادة ٣٠٧ ـ اذا ارتكبت جريمة من الجرائم المنصوص عليها فى المواد من ١٨١ الى ١٨٥ و ٣٠٣ و ٣٠٦ بطريق النشر فى احدى الجرائد أو المطبوعات رفعت الحدود الدنيا والقصوى لعقوبة الغـــرامة المبينة فى المواد المذكورة الى ضعفيها ولم يجـز أن تقل عقـــوبة الغـرامة فى الجريمة المنصوص عليها فى المادة ٣٠٦ عن عشرين جنيها .

مادة ٣٠٨ (أ) اذا تضمن العيب أو الاهـانة أو القذف أو السب الذى ارتكب باحدى الطرق المبينة فى المـــادة ١٧١ طعنـــا فى عرض الأفراد أو خدشا لسمعة العائلات يعـــاقب بالحبس والغرامة معـــا فى الحدود المبينة فى المـــواد ١٧٩ ، ١٨١ ، ١٨٢ ، ٣٠٣ ، ٣٠٦ ، ٣٠٧ على الا تقل الغرامة فى حالة النشر فى احدى الجرائد أو المطبـــوعات عن نصف الحد الأقصى وألا يقل الحبس عن ستة شهور .

مادة ٣٠٨ مكررا (٢) ـ كل من قذف غيره بطريق التليفون يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها فى المادة ٣٠٣ .

وكل من وجه الى غيره بالطريق المشار اليه بالفقرة السـابقة سبا

لا يشتمل على اسناد واقعة معينة بل يتضـــمن باى وجه من الوجوه خدشا للشرف أو الاعتبار يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها فى المادة ٣٠٦

واذا تضمن العيب أو القذف أو السب الذى ارتكب بالطريق المبين بالفقرتين السابقتين طعنا فى عرض الأفراد او خدشا لسمعه العائلات يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها فى المادة ٣٠٨ .

مادة ٣٠٩ - لا تسرى أحكام المواد ٣٠٢ ، ٣٠٣ ، ٣٠٥ ، ٣٠٦ ، ٣٠٨ على ما يسنده احد الأخصام لخصمه فى الدفاع الشفوى او الكتابى أمام المحاكم ، فان ذلك لا يترتب عليه الا المقاضاة المـدنية أو المحاكمـة التاديبية .

ويبين من مقارنة أحكام القذف فى الشريعة الاسلامية واحكام القانون الوضعى السالف بيانها أن الفروق الجوهرية بين هذه الأحكـــام فى الشريعة والقانون الوضعى تتلخص فيما يلى :

أولا - القذف الموجب للحد فى الشريعة الاسلامية هو الرمى بالزنا أو نفى النسب على النحو السالف بيانه ، اما الرمى بجريمة اخرى غير الزنا كالسرقة وشرب الخمر أو غيرهما من الجرائم أو نسـبة واقعة اخرى تشين المجنى عليه ، فلا تعاقب الشريعة الاسلامية على هذه الجرائم بحد القذف وانما توقع على مرتكبها عقوبة تعزيرية .

اما القاذف فى القانون الوضعى فهو كما تعرفه المـــادة ٣٠٢ من قانون العقوبات آنفه الذكر فهو كل من اسند لغيره بواسطة احدى الطرق المبينة بالمادة ١٧١ من القانون المذكور امورا لو كانت صـــادقة لأوجبت

عقاب من أسندت اليه بالعقوبات المقررة لذلك قانونا أو أوجبت احتقاره عند أهل وطنه . فالقذف يتوافر فى القانون الوضعى اذا أسند القاذف للمقذوف واقعة معينة لو صحت لاستوجبت عقاب المقذوف أو احتقاره فهو يشمل الرمى بكل الجرائم كالزنا والسرقة والنصب وخيانة الأمانة أو أى فعل آخر يعاقب عليه القانون أو أى واقعة محددة من شأن اسنادها الى المقذوف أن تحط من قدره ومكانته الاجتماعية وكرامته فى نظر الغير ، والسب الذى لا يشتمل على اسناد واقعة معينة ، بل يتضمن خدشا للشرف والاعتبار يحرمه القانون الوضعى أيضا . وقد فرق القانون الوضعى فى العقوبة المقررة لكل من الجريمتين فجعل عقوبة جريمة القذف أشد من العقوبة المقررة لجريمة السب .

فالتشريع الوضعى لا يقصر مدلول القذف على الرمى بالزنا أو نفى النسب وانما القذف فى مفهومه الرمى بأى جريمة أو نسبة أمور معينة للمقذوف توجب احتقاره . كما يعاقب القانون على السب الذى لا يشتمل على اسناده واقعة معينة على ما تقدم .

وفيما عدا القذف فى مفهوم الشريعة الاسلامية وهو الرمى بالزنا أو نفى النسب الذى يعاقب عليه بالحد طبقا لأحكام الشريعة ، فان جميع صور القذف والسب فى مفهوم القانون الوضعى المعاقب عليها بالعقوبات المبينة فى المواد السالف بيانها ، تعاقب عليها الشريعة بعقوبة تعزيرية .

ثانيا ـ الأصل فى الشريعة الاسلامية أن من يرمى انسانا بواقعة معينة أو صفة محرمة وجب عليه اثبات صحة ما يدعيه فاذا عجز عن الاثبات حقت عليه العقوبة ،وهى فى ذلك تحمى الحياة العامة وتحمى الأفراد من ارتكاب الجرائم والموبقات ، وترى أن الصدق صفة تستحق التشجيع ،

وانّ على الفرد ان يتحمل نتيجة فعله الخاطىء ، فليس له انّ يتضرر منّ القذف اذا أثبت القاذفّ صحة ما قذفّ به لأن ذلك مرده الى عمله الشائن

وأما منهج القوانين الوضعية ومنهـا قـانون العقوبات المصرى فتختلف عن منهج الشريعة الاسلامية فى هذا الخصوص ، فالقـاعدة فى القانون الوضعى انه ليس لمن قذف شخصا بشىء أن يثبت صحة ما قذف به لأن الأساس الذى تقوم عليه العقوبة فى هذه الحالة حماية حياة الافراد الخاصة ويؤخذ على مسلك القوانين الوضعية فى هذا الخصوص انهـا تؤمن المفسدين من أن يوجه اليهم نقد ويضفى عليهم القانون حمـايته رغم فسادهم .

وقد استثنى قانون العقوبات المصرى فى الفقرة الثـانية من المادة ٣٠٢ السالف بيانها من قاعدة عدم جواز إثبات صحة القذف فى حـالة الطعن فى اعمال موظف عام أو شخص ذى صفة نيابيـة عامة أو مكلف بخدمة عامة اذا حصل القذف بسلامة نية . فاثبات حقيقة كل فعل أسـند اليه لا يتعدى اعمال الوظيفة أو النيابة العامة لا يعتبر قذفا .

كما استثنى قانون العقوبات المصرى من عقوبة القذف من اخبـر بالصدق وعدم سوء القصد الحكام القضائيين أو الاداريين بأمـر يستوجب عقوبة فاعله (المادة ٣٠٤ من قانون العقوبات) ولا يثار تطبيق هـذه المادة الا اذا توافرت أركان جريمة القذف ، وواضح من سـياق هذا النص أنه يتعين أن يكون التبليغ عن واقعة تستوجب عقوبة فاعلها سـواء كانت عقوبة جنائية أو ادارية أو مؤدية الى احتقاره ، وأن يـكون التبليغ الى

رجال السلطات العامة المختصين وأن تكون الواقعة المبلغ عنهـا صحيحة وأن يكون المبلغ حسن النية ، وان كان الفقه يرى أن توافر أحد الشرطين يكفى ، اذ أن ذلك يتفق مع قصد الشارع ويتفق مع ما ورد بشـأن جريمة البلاغ الكاذب المنصوص عليها فى المادة ٣٠٥ التالية لها ٠

كما يستفاد من نصوص قانون الاجراءات الجنائية التى أوجبت على كل شخص ان يؤدى الشهادة امام سـلطات التحقيق والمحاكمة اذا دعى لاداء الشهادة ، أنه لاعقاب على ما ينسبه الشاهد فى شـهادته أمام تلك الهيئات من وقائع الى المتهم تعتبر قذفا ٠ وقد اقر الفقهاء ذلك وشـرط لذلك ثبوت حسن نية الشاهد باعتقاده بصحة الوقائع التى ينسـبها الى المقذوف ، وقصر الاباحة على الوقائع المرتبطة بالموضـوع الذى يدلى الشاهد باقواله فى شأنه ٠

ثالثا : لا تشترط الشريعة الاسلامية العلانية فى القذف ، فالجريمة فى الشريعة الاسلامية محرمة لذاتها لا للظروف التى لابستها وهذا المبدأ متمم لمبدأ جواز اثبات القذف ، اذ يستهدفان اقامة الحياة فى المجتمع على أسس فاضلة ٠

والقانون الوضعى ينهج فى هذا الشان نهجا اخر ، اذ العلانية من العناصر القانونية لجريمة القذف فالقانون لا يعاقب على اسناد واقعـة تستوجب عقاب من تسند اليه العقوبات المقررة الا اذا كان الاسناد علنا ، إذ العلانية هى الركن المميز لجريمـة القذف فى القـانون الوضعى اذ الخطورة فى نظره تكمن فى اعلان العبارات المسندة الى المقذوف اذ ان هذه هى الوسيلة لعلم افراد المجتمع بعبارات القذف واخلالها بمـكانة المقذوف وقدره ٠

ويبين من نص المادة ١٧١ من قانون العقوبات التى احالت اليهـا المادة ٣٠٣ من قانون العقوبات والتى حددت فى فقرتها الثالثة وما بعدها وسائل العلانية أن هذه الوسائل هى :

علانية القول :

ويعتبر القول أو الصياح علنيا اذا حصل الجهر به أو ترديده باحدى لوسائل الميكانيكية فى محفل عام أو طريق عام أو اى مكان اخـــــر مطروق أو حصل الجهر به أو ترديده بحيث يستطيع سماعه من كان فى مثل ذلك الطريق أو المكان ، أو اذيع بطريق اللاسلكى او أية طريقـــة اخــــرى .

علانية الفعل والايماء :

ويكون الفعل أو الايماء علنيا اذا وقع فى محفل عــام أو طـــريق عام أو فى أى مكان اخر مطروق ، أو اذا وقع بحيث يســـتطيع رؤيته من كان فى مثل ذلك الطريق أو المكان .

علانية الكتابة :

وتعتبر الكتابة أو الرسم والصور والصورة الشمســية والرمـــوز وغيرها من طـــرق التمثيل علنية اذا وزعت بغير تمييــز على عدد من الناس أو اذا عرضت بحيث يستطيع أن يراها من يكون فى الطريق العــام

او اى مكان مطروق او اذا بيعت أو عرضت للبيع فى أى مكان ٠

وقد استثنى قانون العقوبات المصرى من شرط العلانية القذف بطريق التليفون ، حيث نص على عقوبة لهذا القذف بالمادة ٣٠٨ مكررا (٣) آنفة الذكر المضافة بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٥٥ رغم عدم توافر العلانية فى القذف عن هذا الطريق ، وقد بررت المذكرة الايضاحية للقانون المذكور ذلك بكثرة الاعتداء على الناس بالقذف والسب بطريق التليفون واستفحال مشكلة ازعاجهم فى بيوتهم ليلا ونهارا واسماعهم اقذع الالفاظ واقبح العبارات بعد أن اطمأن المعتدون الى ان القانون لا يعاقب على السب والقذف بعقوبة رادعة الا اذا توافر شرط العلانية وهو غير متوافر ٠

كما تنص المادة ٣٩٤ من قانون العقوبات فى فقرتها أولا : على أن يجازى بغرامة لا تزيد على جنيه واحد مصرى أو بالحبس مدة لاتتجاوز أسبوعا من ابتدر انسانا بسب غير علنى ٠

رابعا : لا خلاف بين ما ذهب اليه جمهور فقهاء الشريعة الاسلامية وأحكام القانون المصرى من أن دعوى القذف لا تحرك الا بناء على شكوى من المقذوف ، اذ الأصل فى الشريعة الاسلامية أن الخصومة فى القذف تكون بناء على طلب المقذوف ، وتنص المادة الثالثة من قانون الاجراءات الجنائية على أنه لا يجوز أن ترفع الدعوى الجنائية الا بناء على شكوى شفهية أو كتابية من المجنى عليه أو من وكيله الخاص الى النيابة العامة أو الى أحد مامورى الضبط القضائى فى الجرائم المنصوص عليها فى المادة ومن بينها المواد ٣٠٣ الخاصة بالقذف و ٣٠٦ الخاصة بالسب و٣٠٧

الخاصة بجرائم القذف والسب اذا ارتكبت بطريق النشر فى الصحف او المطبوعات ، و ٣٠٨ اذا تضمن القـذف والسب طعنا فى الاعـراض أو خدشا لسمعة العائلات .

واشتراط المطالبة لتحريك دعوى القذف الذى تتفق فيه أحـــكام قانون العقوبات المصرى مع رأى جمهور فقهــاء الشريعة الاســـلامية ، يخالف رأى أهل الظاهر من عدم اشتراط المطالبة لتحريك دعوى القذف

الفصل الخامس

حد شـــرب الخمـــر

الأصل فى تحريم شرب الخمر :

جاء الاسلام والعرب يعتادون شرب الخمر وكانت محببـــة الى الكثيرين مع شدة ضررها فتدرج الاسلام فى تحريمها فبين الله ســبحانه وتعالى انها أمر غير حسن فقال تعالى : (ومن ثمرات النخيل والأعناب تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا) أى ان اتخاذ السكر اى الخمر من ثمرات النخيل والأعنـــاب ليس الرزق الحسن وأنه مقـــابل مغـــاير له . ثم بين سبحانه وتعالى أن مضار الخمر أكثر من نفعها فنزل قوله تعـــالى : (يسالونك عن الخمر والميسر قل فيهما اثم كبير ومنافع للناس ، واثمهما أكبر من نفعها) ثم جاء التحريم عن اداء الصلاة فى حـــالة الســـكر بقوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون) ثم جاء النص بتحريمها قاطعا بقوله تعالى : (ياأيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والأنصـــاب والأزلام رجس من عمــــل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون ، انما يريد الشيطان ان يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصـــلاة فهل انتم منتهون) .

وقد جاءت السنة بتحريمها فقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم قوله « كل مسكر خمر ، وكل خمر حرام » وقوله : « لعن الله الخمـــر وشاربها وساقيها وبائعها ومبتاعها وعاصـــرها ومعتصـرها وحـــاملها

والمحمولة اليه ، وآكل ثمنها » (١) وعلة تحريم الشريعة لشرب الخمر المحافظة على صحة الأفراد لما تسببه من مخاطر على اعضاء الجسم وتضعف مقاومته للأمراض ، ولما لها من أثر ملموس فى فقدان العقل ولأنها تشيع فى النفس روح الاستهتار بالقيم وتزين القبيح وتدفع شاربها الى ارتكاب الجرائم والاثام ، وتجعله عالة على الأمة ومصدر أذى لها وهو ما ينعكس أثره على الجماعة .

---

(١) تنص المادة ١ من القانون الليبى رقم ٨٩ لسنة ١٩٧٤ فى شان تحريم الخمر واقامة حد الشرب بأن يحرم شرب الخمر وتعاطيها أو حيازتها واحرازها وصنعها والتعامل فيها وتقديمها واعطاؤها واهداؤها - وذلك على الوجه المبين فى القانون - وتعاقب المادة ٧من القانون بعقوبة تعزيرية حيازة أو احراز المسلم للخمر . كما تعاقب المادة ٩ من القانون بالتعزير على صناعة الخمر أو التعامل فيها وتعاقب المادة ١٠ من القانون بعقوبة تعزيرية على تقديم الخمر لمسلم وتقضى المادة ١١ من القانون المذكور بمصادرة الخمر والادوات المستخدمة فى ارتكاب الجريمة

وتنص المادة ١٤ من القانون المذكور على عقوبات تبعية تترتبعلى صدور حكم نهائى بالادانة فى احدى الجرائم المنصوص عليها فى القانون المذكور ، وهذه العقوبات التبعية هى : حرمان المحكوم عليه من تولى الوظائف القيادية ، وقف الترشيح لاية هيئة نيابية ، وعدم قبول شهادته امام القضاء وعدم منحه شهادة حسن السيرة ، وعدم الترخيص له بقيادة مركبات آلية .

وتنص المادة ١ من مشروع تحريم الخمر واقامة حد الشرب الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل بمصر لتطوير القوانين وفق احكام الشريعة الاسلامية على أن يحرم شرب الخمر وتعاطيها وحيازتها واحرازها وصنعها وتحضيرها وانتاجها وجلبها واستيرادها وتصديرها والاتجار فيها وتقديمها واعطاؤها واهداؤها وترويجها والدعوة اليها والاعلان عنها وسائر أوجه النشاط المتعلقة بها .

وتعاقب المواد ٩ و ١٠ و ١١ من المشروع بعقوبة تعزيرية ، الجلد والغرامة فى الحدود المبينة فى تلك المواد على تصدير أو جلب أو استيراد أو انتاج أو صنع الخمر بقصد الاتجار وعلى حيازة أو احراز أو شراء أو بيع أو الترويج لها أو نقلها أو تقديمها بقصد الاتجار أو بقصد الشرب أو التعاطى .

وطبقا للمادة ٢١ من المشروع تضاعف عقوبة الغرامة فى حالة العود فضلا عن الحكم بالعقوبات الاخرى ويستتبع صدور حكم على العائد حرمانه من الحصول على رخصة قيادة المركبات الالية أو الغاء هذا الترخيص لمدة سنة .

اركان الجريمـــة

لجريمة شرب الخمر ركنان :

الأول : الركن المادى وهو الشرب ٠

الثانى : القصد الجنائى ٠

الركن الأول ـ الشرب

اختلف الفقهاء بالمقصود بالخمر ٠

فجمهور الفقهاء ومنهم المالكية والشافعية والحنابلة ٠ يرون الخمر هى كل شراب مسكر أيا كانت المادة التى تستخرج منها وسواء أسـكر قليله ٠ أم كثيره . وسـواء كان هذا الشراب عصيرا للعنب أو اى مـادة أخرى كالبلح والزبيب والقمح والشـعير والارز ، وحجتهـم فى ذلك ماروى الترمذى وأبو داود من حديث عائشة عنه عليه الصلاة والسـلام « كل مسـكر حرام وما أسكر الفرق (١) منه فملء الكف منـــه حرام » وما روى عن ابن عمر « نزل تحريم الخمر وهى من خمســة : العنب والتمر والعسل والحنطة والشـعير » ٠ وما اخرجـه مسـلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « كل مسكر خمر وكل مسكر حـرام » ٠ وان الخمر هى ماخامر العقل أى أغفل تفكيره السليم فهى تسـتر العقــل وقد أخذ من ذلك الخمار الذى يستر الرأس والوجـــه ، فكل الأشـربه التى تخامر العقـل يثبت تحريمها بنص القـــرآن ووجـوب الحـــد بالحديث (٢) .

---

(١) الفرق : مكيال معروف فى المدينة ويزن ستة عشر رطلا ٠

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٨٢ ـ حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٣٥٢ و ٣٥٣ والمهذب ج٢ ص ٢٨٦ ، وكشاف القناع ج ٦ ص ١١٦ ٠

ويرى أبو حنيفة وأصحابه أن الخمر لا تطلق إلا على إلنيء من ماء العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد ، وحجتهم فى ذلك حديث ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « حرمت الخمر لعينها والسكر من غيرها » . وأن الخمر بالمعنى اللغوى لا تطلق الا على هذا، ولا تطلق على غيره من المسكرات وبه يفسر القرآن فيحد شاربها سواء سكر منها أم لم يسكر ، أما ماعدا هذا النوع من الأشربة المسكرة فقد قال أبو حنيفة انه لا يسمى خمرا ولا يشمله النص ولكن يدخل فى عقوبة الخمر بالقياس عليها ، ولا يجب الحد بمجرد الشرب ولكن بالسكر منها بالفعل . لان هذه الاشربة المسكرة لست محرمة عند أبى حنيفة فى ذاتها وانما الحرام هو تناول المقدار الاخير منها الذى يؤدى الى السكر ، وبناء على هذه التفرقة بين اخمر والاشربة المسكرة يفرق أبو حنيفة بين عقوبة الشرب وعقوبة السكر ، ويقول أن الحد حدان . حد الشرب وهو مقصور على الخمر سواء سكر الشارب منها أو لم يسكر ، وحد السكر وهو لمن يسكر فعلا من أى شراب مسكر فاذا لم يتم السكر فلا عقاب (١) .

وقد اختلف فى مذهب الحنفية فى السكر الموجب للحد فى حالة شرب الاشربة المسكرة غير الخمر فرأى أبو حنيفة أن السكران هو الذىفقد

---

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٨٣ .
وتنص المادة ٢ من مشروع قانون تحريم الخمر واقامة حد الشرب الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل فى مصر على أن كل مسكر خمر سواء أسكر قليله أو كثيره وسواء كان خالصا أم مخلوطا ، تنص المادة٢ من القانون الليبى رقم ٨٩ لسنة ١٩٧٤ فى شأن تحريم الخمر واقامة حد الشرب على أن يعتبر خمرا كل سائل مسكر سواء اسكر قليله أم كثيره كما تنص المادة ١٣٤ من مشروع مدونة قانون العقوبات الكويتى على أن يعد كل مسكر خمرا سواء أسكر كثيره أو قليله وسواء كان خالصا أو مخلوطا .

عقله فلم يعد يعقل قليلا ولا كثيرا ، ولا يميز الأرض من السماء ولا الرجل من المرأة .

وعند أبى يوسف ومحمد : السكران هو الذى يغلب على كلامه الهذيان وحجتهما قوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون) فمن لم يعلم مايقول فهو سكران(١)

ورأى جمهور الفقهاء فى خصوص المقصود بالخمر هو الاقوى حجة اذ جميع الاشربة المسكرة تخامر العقل . فوجب ان يكون حكمها واحدا لانها تتفق فى المعنى وهو الاسكار الذى هو سبب التحريم :

ويشترط ان يكون تناول الخمر بطريق الشرب . وأن تصل الخمر الى الجوف عن طريق الفم فان وصلت عن غير هذا الطريق كالانف والشرج فلا يقام الحد لان تعاطى الخمر بطريق الشرب هو الذى اتفق عليه جمهور الفقهاء ولذلك سمى بحد الشرب .

ويحد على الشرب ولو أن المادة المسكرة دخلت الفم أو الجوف على غير هيئة الشراب كخلط المسكر بالطعام أو عجنه به لان ذلك فى معنى الشرب .

وعند أبى حنيفة والشافعى واحمد : تعتبر المادة مسكرة ولو خلطت بماء مادامت مميزاتها محفوظة من رائحة ولون وطعم وتاثير ، فان خلطت بماء حتى زالت كل مميزاتها زوالا تاما فلا يعتبر الخليط مسكرا ، وانما هو ماء الا أن الراجح فى مذهب مالك تحريم المخلوط ولو استهلك فيه المسكر (٢) .

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٨٧ .
(٢) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١١٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٩ - كشاف القناع ج ٦ ص ١١٨ .

وروى عن أبى حنيفة ، وفى قول للشافعى أنه لا يقام الحد على التداوى بالخمر بسبب الحاجة (١) .

ولا يجيز الامام أحمد التداوى بالخمر ولما روى وائل بن حجر ان طارق بن سويد الجعفى سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الخمر فنهاه وكره له أن يصنعها فقال : انما أصنعها للدواء . فقال عليه السلام « انه ليس بدواء ، ولكنه داء » وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « من تداوى بالخمر فلا شفاه الله » ، وقال ابن مسعود « ان الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم » رواه البخارى (٢) .

ويشترط فى شارب الخمر الذى يقام عليه الحد أن يكون مكلفا فلا يقام الحد على الصغير وعلى المجنون لأن الحدود لا تقام الا على مكلف لأنها من باب العبادة ، كما يشترط أن يشربها الجانى مختارا فلا حد على من شربها مكرها . وكذلك لا حد على من شربها مضطرا ، فمن شربها لارواء عطش شديد أو جوع يخشى معه الهلاك فلا اثم عليه لقوله تعالى : (فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه) (٣) .

= وتنص المادة ٨ من مشروع قانون تحريم الخمر واقامة حد الشرب الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل فى مصر على معاقبة كل من تعاطى الخمر عن غير طريق الشرب بعقوبة تعزيرية وهى الجلد بما لا يقل عن عشر جلدات ولا يجاوز ثلاثين جلدة - وتنص المادة ٦ من القانون الليبى رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٤ فى شأن تحريم الخمر واقامة حد الشرب على أن كل مسلم تعاطى ولو بغير الفم خمرا خالصة أو مخلوطة بأى وجه كان يعزر بالجلد بما لا يقل عن عشر جلدات ولا يجاوز ثلاثين جلـدة .

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٨٣ .

(٢) العقوبة - الشيخ محمد أبو زهرة ص ١٨٥ ، كشاف القناع ج ٦ ص ١١٧ .

(٣) كشاف القناع ج ٦ ص ١١٧ حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٣٥٢ فتح القدير ج ٤ ص ١٨٤ المهذب ج ٢ ص ٢٦٨ .

ويرى جمهور الفقهاء حد الذمى والمستأمن فى جريمة شرب الخمر لأن لهم مالنا وعليهم ما علينا ، لأن الخمر محرمة فى كل الأديان السماوية حماية للمجتمع ، ويسرى هذا التحريم على كل من يعيشون فى ظل أحكام الاسلام ٠

وأما أبو حنيفة فيرى أن الخمر مال متقوم عند الذميين والمستأمنين وشربها مباح عندهم ، فالشرب ليس جريمة بالنسبة لهم ، ومن ثم فلا عقوبة ، لأن المسلمين أمروا بتركهم وما يدينون ، وأنه على فرض تحريم الخمر فى كتبهم لكنهم لا يدينون بهذا التحريم بمقتضى تعليمات رؤسائهم فيعاملون بما يعتقدون (١) ٠

الركن الثانى : القصد الجنائى

جريمة شرب الخمر جريمة عمدية يجب أن يتوافر فيها القصد الجنائى ، فيشترط لوجوب الحد أن يتعاطى الجانى الشراب وهو يعلم أنه يشرب خمرا أو مسكرا ، فان شرب المادة المسكرة وهو لا يعلم أن كثيرها يسكر فلا حد عليه ولو سكر فعلا لأنه يكون غير عالم بالتحريم ،

---

(١) العقوبة ـ الشيخ محمد أبو زهرة ص ١٨٦ ٠

أخذ القانون الليبى رقم ٨٩ لسنة ١٩٧٤ فى شأن تحريم الخمر واقامة حد الشرب بهذا الرأى ، فنص فى المادة ٥ منه على أن « كل مسلم شرب خمرا يعاقب حدا بالجلد أربعين جلدة » :

وقد نهج مشروع مدونة قانون العقوبات الكويتى هذا النهج فقضى بعدم اقامة حد الشرب الا على مسلم ونص فى المادة ١٣٣ منه على أن يعاقب حدا بالجلد أربعين جلدة كل مسلم شرب خمرا ٠

وقد أخذ مشروع تحريم الخمر واقامة حد الشرب الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل بمصر برأى جمهور الفقهاء فلم يقصر الحد على المسلمين ونص فى المادة ٤ منه على أن كل من شرب خمرا عوقب حدا بالجلد أربعين جلدة ٠

وتعاقب المادة ٨ من القانون الليبى المشار اليه بعقوبة تعزيرية غير المسلم اذا شرب الخمر فى محل أو مكان عام أو وجد فى ذلك المحل أو المكان فى حالة سكر ظاهر ٠

ولم يقصد ارتكاب المعصية ، وكذلك لا حد على الجانى اذا شرب مادة مسكرة وهو يظنها مادة أخرى لا تسكر ، ولو كان ذلك بخطأ من الجانى لأن الجريمة عمدية فيتعين أن يتوافر فيها العمد (١) .

وإذا كان الجانى يعلم أن الشراب مسكر ولكنه يجهل التحريم . فالاصل أنه لا يقبل من الجانى الادعاء بالجهل الا اذا كان فى دار الحرب او قريب عهد بالاسلام فان الجهل فى هذه الحالة قد يكون عذرا مانعا من اقامة الحد .

اثبات حد الشرب

يثبت حد شرب الخمر كغيره من جرائم الحدود بامرين :

أولا : الاقرار :

الاقرار حجة على المقر فتثبت به الجريمة .

ويرى الأئمة الأربعة أنه يكفى الاقرار مرة واحدة .

أما ابو بوسف فيشترط أن يقر المقر مرتين فى مجلسين اعتبارا بعدد الشهود (٢) .

---

(١) نص القانون الليبى رقم ٨٩ لسنة ١٩٧٤ فى شأن تحريم الخمر واقامة حد الشرب على وجوب توافر القصد الجنائى لاقامة حد الشرب ، فتنص المادة (٣) منه على أنه يشترط للعقاب على الجرائم المبينة بهذا القانون أن يكون الفاعل عاقلا أتم الثامنة عشرة من العمر ، قاصدا ارتكاب الفعل عن علم واختيار بلا ضرورة أو عذر شرعى .

ونهج مشروع تحريم الخمر واقامة حد الشرب الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل بمصر لتطوير القوانين وفق أحكام الشريعة الاسلامية حيث تقضى المادة ٣ من المشروع : بأنه يشترط للعقاب على الجرائم المنصوص عليها فيه أن يكون الجانى بالغا عاقلا قاصدا ارتكاب الفعل عن علم واختيار بلا ضرورة .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٨٦ .

ويشترط أبو حنيفة وأبو يوسف ألا يكون الاقرار قد تقادم ، فاذا كان قد تقادم لم يقبل الاقرار ، وحد التقادم عندهما ذهاب الرائحة ، فالاقرار بعد ذهاب الرائحة لا يقبل ٠

ولا يرى محمد بطلان الاقرار بالتقادم لأن سبب عدم القبول هو التهمة وهى منتفية بالنسبة الى الاقرار (١) ٠

ثانيا : شهادة الشهود :

يشترط ألا يقل عدد الشهود عن رجلين يتوافر فيهما الشروط العامة للشهادة التى أوضحناها فى جريمة السرقة (٢) ٠

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف باشتراط أن تكون رائحة الخمر أو المسكر قائمة وقت الشهادة ، فالشهادة عندهما مقيدة بوجود الرائحة ، ولا يشترط وجود الرائحة فعلا وقت التحقيق ، ويكفى أن يشهد الشاهدان على وجود الرائحة وقت أخذ الجانى ، وحجتهما فى ذلك أن حد الشرب ثبت باجماع الصحابة ، وأن هذا الاجماع كان فى وجود

---

(١) تنص المادة ١٢ من القانون الليبى رقم ٨٩ لسنة ١٩٧٤ فى شأن تحريم الخمر واقامة حد الشرب على أن تثبت الجريمة المنصوص عليها فى المادة الخامسة من هذا القانون (شرب المسلم للخمر) بالاقرار أمام السلطة القضائية ولو مرة واحدة أو بشهادة رجلين أو بأية وسيلة من وسائل الاثبات الأخرى ٠

وتنص المادة ٥ من مشروع تحريم الخمر واقامة حد الشرب الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل فى مصر ، على أن اثبات جريمة شرب الخمر تكون فى مجلس القضاء وباحدى الوسيلتين الآتيتين :

(أ) اقرار الجانى قولا أو كتابة ولو مرة واحدة ويشترط أن يكون الجانى غير متهم فى اقراره ويكون منصبا على الجريمة باركانها ويقبل الرجوع فى الاقرار الى ما قبل الحكم النهائى اذا كان للرجوع ما يبرره٠

وتنص المادة ١/١٣٦ من مشروع مدونة قانون العقوبات الكويتى على أن تثبت جريمة الشرب باقرار الجانى مرة واحدة فى مجلس القضاء او بشهادة رجلين ٠

(٢) تراجع ص ١٥٩ وما بعدها من هذا المؤلف ٠

الرائحة ، اذ ان ابن مسعود كان يشترط وجود الرائحة ولا اجماع الا برأيه (١) .

ولا يشترط جمهور الفقهاء وجود الرائحة وحجتهم أن الاجماع قد انعقد على وجوب حد الشارب وأن الشهادة قد تكون بعد صحوة .

وعند أبى حنيفة وأبى يوسف : مدة التقادم فى الشرب مقيدة بزوال الرائحة فاذا سكت الشهود حتى زالت الرائحة تقادمت الشهادة وامتنع قبولها - ومدة التقادم هذه خاصة بحد الشرب ، اذ ان المدة فى الحدود الأخرى تقدر فى مذهب الحنفية بستة شهور وقدرها محمد بشهر . وأما أبو حنيفة فقد فوض القاضى فى كل عصر بتقديرها (٢) .

ومن المسلم به أنه لا تقادم اذا أخذ الشهود الجانى ورائحة الخمر تنبعث منه وذهبوا به الى الامام فى مكان بعيد ، فزالت الرائحة قبل أن يصلوا الى مكانه لأن التأخير ليس بسبب السكوت على الجريمة وانما يرجع لبعد المسافة فلا تقوم تهمة فى التأخير (٣) .

ولا يرى باقى الأئمة عدم قبول الشهادة بالتقادم .

الرائحة :

هل تكفى الرائحة وحدها لاقامة الحد من غير حاجة الى بينة أو اقرار .

قال مالك وفى رواية عن أحمد : أنه يقام على الجانى الحد ، ولو لم يشهد أحد برؤيته وهو يشرب ، لأن الرائحة تدل على الشرب ، فجرت مجرى الاقرار وأن ابن مسعود اعتمد على مجرد الرائحة لاقامة الحد .

---

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٧٨ ، العقوبة للشيخ محمد أبو زهرة ص ١٧٨ ، التشريع الجنائى الاسلامى - الأستاذ عبد القادر عودة جـ ٢ ص ٥٠٩ ، ٥١٠ .

(٢) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٦٤ ، ١٦٥ .

(٣) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٨١ .

وقال أبو حنيفة والشافعى وفى رواية لأحمد : ان الرائحة لاتعتبر دليلا وحدها ، فيجب أن تقترن بالشهادة أو الاقرار ، اذ قد تكـــــون الرائحة من غير الشراب أو قد يكون الشرب نتيجة اكراه أو اضطرار أو لاحتمال أن المتهم تمضمض بالخمر ، أو ظنها ماء فلما صارت فى فيـــه مجها ونحو ذلك . والحد يدرأ بالشبهة (١) .

القـــىء :

لا يعتبر القىء وحده دليلا عند أبى حنيفة لكن اذا ثبت من القىء وجود رائحة الخمر واقترن ذلك بشهادة الشهود فان الجريمة تثبت لأن ابا حنيفة يشترط مع الشرب والسكر الرائحة (٢) .

والشافعى لا يرى القىء دليلا فى ذاته على الشرب .

واما مالك فيوجب الحد بالرائحة ، فالقىء عنده يقوم دليلا يثبت به الحد لأنه لايتقيأ الا بعد تعاطى المسكر .

عقــوبة شــرب الخمــر

نص القرآن الكريم على تحريم شرب الخمر على ما تقدم : امـــــا عقوبة شرب الخمر فلم يرد بشانها تقدير فى كتاب الله ، الا أنه ثبت ان النبى صلى الله عليه وسلم أوجب العقوبة فى شرب الخمر ، فروى أبــو

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٨٤ كشاف القناع ج ٦ ص ١١٨
(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٨٤ .

داود وغيره أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من شرب الخمر فاجلدوه » ، وثبت انه صلى الله عليه وسلم ضرب شارب الخمر ، فقد اخرج مسلم عن أنس بن مالك ان النبى صلى الله عليه وسلم اتى برجل قد شرب الخمر فضربه بجريدتين نحو الاربعين . وكذلك فعل ابو بكر، فلما كان عمر استشار الناس فى الجلد فى الخمر . فقال عبد الرحمن بن عوف : أخف الحدود ثمانون فجلد عمر ثمانين ، وفى الموطأ ان عمر استشار فى الخمر يشربها الرجل فقال له على بن ابى طالب رضى الله عنه نرى أن نجلده ثمانين فانه اذا شرب سكر واذا سكر هذى . واذا هذى افترى وعلى المفترى ثمانون (١) .

وقد ذهب جمهور الفقهاء بناء على ما استخلصوه من فعل النبى صلى الله عليه وسلم وأقواله ثم من فعل الخلفاء الراشدين من بعده : ان حد شارب الخمر ثابت بالسنة والاجماع ، لانهما مصدران اساسيان من مصادر الاحكام الشرعية قال الله تعالى : (وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا) .

وقد قام خلاف بين الفقهاء فى مقدار الحد .

فقال أبو حنيفة ومالك واحمد فى رواية عنه : انه ثمانون استنادا الى ما قرره عمر ووافقه عليه اجماع الصحابة . ولما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه ضرب فى الخمر بنعلين اربعين فتكون عدد الضربات ثمانين ، وقد جعل عمر مكان كل نعل سوطا (٢) .

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٨٥ .
(٢) فتح القدير ج ٤ ص ١٨٥ - حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٣٥٣ - كشاف القناع ج ٦ ص ١١٧ .

وقال الشافعى واحمد فى رواية عنه ان حد الشرب اربعون ، لان رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب فى الخمر اربعين ، أما قـــول عبد الرحمن بن عوف وعلى بن ابى طالب وعمل عمر فهو اجتهاد فى موضع النص غير جائز ، اذ ان فعل النبى صلى الله عليه وسـلم حجـة لا يجوز تركه بفعل غيره ، ولا ينعقد اجماع على ماخالف فعل النبى(١)

وقد حمل البعض الزيادة من عمر على أنها تعزير فتجوز هـذه الزيادة اذا رأى الامام ذلك ، ولكن رد على هذا القول بأن عمر التـزم الثمانين جلدة فى كل الأحوال مما ينفى عن هذه الزيادة طبيعة العقوبة التعزيرية (٢) .

التداخل :

اذا تعددت جرائم الشرب والسكر قبل تنفيذ الحكم فى احـداها تداخلت عقوبات هذه الجرائم سواء حكم بها أو لم يحكم مادامت كلها وقعت قبل تنفيذ احدى العقوبات ، فيكتفى بتنفيذ عقوبة واحدة ، فاذا وقعت جريمة أخرى بعد تنفيذ العقوبة ووقعت عنها عقوبة خاصـة بها نفذت هذه العقوبة .

وعند أبى حنيفة ومالك واحمد يتداخل حد الشرب مع حد القتـل

---

(١) المهذب جـ ٢ ص ٢٨٦ .

(٢) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٨٥ ـ العقوبة الشيخ محمد أبوزهرة ص ١٨١ ، ١٨٢ ، نظام التحريم والعقاب ـ المستشار على منصور ص ١١٧ ـ التعزير فىالشريعة الاسلامية ـ الطبعة الثالثة ص ١٤ ـ ١٦ . ويراجع هامش ص ٣٣٨ من هذا المؤلف بالنسبة لمقدار الحد الذى نص عليه القانون الليبى والمشروع الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل فى مصر ، ومشروع مدونة قانون العقوبات الكويتى ، حيث قضت بان الحد ٤٠ جلدة .

سواء كان القتل من حق الله أو من حقوق الأفراد ، لأن العقوبة قصد بها الزجر وأن العقوبات ما دون القتل لا اثر لها فى الردع والزجر مع القتل ، فتجب عقوبة القتل ما دونها (١) .

ويرى الشافعى أن عقوبة القتل لا تجب ما دونها فاذا قامت عقوبة الشرب مع عقوبة القتل فيجب تنفيذ عقوبة الشرب ثم تنفيذ عقـــوبة القتل (٢) .

ولا يتداخل حق الشرب عند أبى حنيفة واحمد مع اى عقـــوبة اخرى الا مع عقوبة القتل ، ولكن مالكا يرى أن حد الشرب يتداخل مع القذف لأن موجبها واحد ، وأن الأصل عنده تداخل الحدود كلمـــا اتحدت موجباتها (٣) .

كيفية تنفيذ عقوبة الجلد :

روى عن عمر بن عبد العزيز والشعبى وأبى حنيفة وسفيان الثورى أن العقوبة لا تنفذ على السكران حتى يفيق لأن العقوبة القصد منهـــا الزجر والسكران لا يشعر باثرها خلال فترة سكره .

ويرى آخرون وجوب تنفيذ الحد بمجرد ثبوت الجريمة دون انتظار

---

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٢٠٩ .
(٢) أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٥٧ .
(٣) التشريع الجنائى الاسلامى الاستاذ عبد القادر عودة جـ٢ ص٥٠٨
تنص المادة ٢٠ من المشروع الذى اعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل بمصر على انه يتكرر الحد بتكرار فعل الشرب بعد تمام تنفيذ الحد ، فاذا تعددت جرائم الشرب قبل تمام تنفيذ الحد فى أى منها فلا ينفذ على الجانى الا حد واحد ولا يتداخل حد الشرب فيما سواه من الحدود .

افاقة السكران استنادا الى ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسـلم انه اتى بالشارب فاقره فضربه ولم ينتظر أن يصحو ، وعندهم أن الواجب ان يحد الجانى حين يؤتى به وتثبت الجريمة قبله الا أن يكون لا يحس أصلا ولا يفهم شيئا فيؤخر التنفيذ حتى يحس (١) .

وينفذ الجلد على النحو الذى سبق ذكره فى تنفيذ عقوبة الجلد فى الزنا ، ويرى محمد أن الجانى لا يجرد من ملابسه اظهارا التخفيف ، والرأى الراجح أنه لا فرق فى التنفيذ بين حد الشرب وغيره ، وأن الشارع قرر التخفيف فى تقليل عدد الجلدات (٢) .

سقوط العقوبة :

تسقط العقوبة ويمتنع التنفيذ فى الحالات الاتية :

أولا : الرجوع فى الاقرار اذا لم يكن فى الدعوى غيره من الأدلة .

ثانيا : رجوع الشهود عن شهاداتهم ، اذا كانت الشهادة هى الدليل الوحيد فى الدعوى .

ثالثا : بطلان أهلية الشهود والشهادة بعد الحكم وقبل التنفيذ عند أبى حنيفة .

---

(١) المحلى ج ١١ ص ٢٧١ .
(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٨٦ .

حظر شرب الخمر
فى القانون الوضعى

لم تنهج القوانين الوضعية التى تطبق فى مصر حتى الان نهج الشريعة الاسلامية فى تحريم شرب الخمر باقامة الحد على شاربها . ونص قانون العقوبات المصرى فى الفقرة ثانيا من المادة ٣٨٥ على أن يعاقب بعقوبة المخالفة وهى الغرامة التى لا تتجاوز جنيها مصريا أو بالحبس مدة لا تزيد على أسبوع كل من وجد بحالة سكر بين فى الطرق العمومية أو فى المحلات العمومية ، كما علظ الشارع العقاب عن جريمة القتل الخطأ والجرح الخطأ المنصوص عليهما فى المادتين ٢٣٨ و ٢٤٤ من قانون العقوبات المعدلتين بالقانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٦٢ بتشديد العقوبة برفع حديها الأدنى والأقصى على النحو المبين فى المادتين ، اذا كان الجانى عند ارتكابه الخطأ الذى نجم عنه الحادث متعاطيا مسكرا أو مخدرا .

وفى أول اغسطس سنة ١٩٧٦ صدر القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٧٦ يحظر شرب الخمر ونشر فى الجريدة الرسمية فى ١٢ أغسطس سنة ١٩٧٦ ، وعمل به بعد ستين يوما من تاريخ نشره طبقا لما تنص عليه المادة ١١ منه .

وتنص المادة الأولى من القانون المذكور على أن : « تعتبر خمورا فى تطبيق أحكام هذا القانون المشروبات الروحية والكحولية المخمرة المبينة بالجدول الملحق بهذا القانون ، ويجوز بقرار من وزير الداخلية اضافة أنواع أخرى للجدول المذكور » .

وتنص المادة الثانية على أن : « يحظر تقديم أو تناول المشروبات

الروحية أو الكحولية المخمرة فى الأماكن العـــامة أو المحال العـــامة ويستثنى من هذا الحكم ٠

(أ) الفنادق والمنشآت السياحية المحددة طبقا لأحكام القانون رقم ١ لسنة ١٩٧٣ فى شأن المنشآت الفندقية والسياحية ٠

(ب) الأندية ذات الطابع السياحى التى يصدر بتحديدها قرار من وزير السياحة طبقا لأحكام القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٧٥ باصدار قانون الهيئات الأهلية لرعاية الشباب والرياضة » ٠

وتنص المادة الثالثة على أن يحظر النشر أو الاعلان عن المشروبات المنصوص عليها فى المادة السابقة بأية وسيلة ٠

وتنص المادة الرابعة على أن - تلغى التراخيص الخاصة بتقديم الخمور الصادرة للمحال العامة المشار اليها فى المادة (٢) من هـــذا القانون قبل العمل بأحكامه ٠

وتنص المادة الخامسة على أن يعاقب كل من يخالف أحكام المادة (٢) من هذا القانون بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر وبغـــرامة لا تجاوز مائتى جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين ٠

ويعاقب بذات العقوبة مستغل المحل العام أو مديره الذى وقعت فيه الجريمة وتضاعف العقوبة فى حالة العود فى أى من الحالتين السابقتين ٠

ويجب الحكم فى جميع الأحوال بالمصادرة وباغلاق المحل لمدة لاتقل عن اسبوع ولا تزيد على ستة أشهر ٠

وتنص المادة السادسة على أن يعاقب كل من يخالف أحكام المادة (٣) بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائتى جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين ويعاقب بذات العقوبة المسئول عن نشر الاعلان أو اذاعته باية وسيلة وتضاعف العقوبة فى حالة العود فى أى الحالتين السابقتين ٠

وتنص المادة السابعة بأن يعاقب كل من يضبط فى مكان عام أو محل عام فى حالة سكر بين بالحبس الذى لا تقل مدته عن أسبوعين ولا تزيد على ستة أشهر أو بغرامة لا تقل عن عشرين جنيها ولا تجاوز مائة جنيه ويجب الحكم بعقوبة الحبس فى حالة العود .

وتنص المادة الثامنة ، على ألا تخل العقوبات المقررة بهذا القانون بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أى قانون آخر .

وتنص المادة التاسعة من القانون على ان يلغى كل حكم يخالف احكام هذا القانون .

وقد تضمن الجدول الملحق بالقانون بيان المشروبات الروحية والكحولية المخمرة . فنص أولا على المشروبات الكحولية المقطرة وهى البراندى والروم بأنواعه والزبيب شراب بانواعه وتضمن ثانيا المشروبات الكحولية المخمرة . وهى الأنبذة بأنواعها . والبيرة بانواعها ، والعرقى بانواعه ، والكلينا بانواعها والبوظة ، وتضمن ثالثا المشروعات الكحولية المقطرة ، وهى الويسكى بانواعه والفودكا بانواعها والكونياك بانواعه والشمبانيا بانواعها .

ويبين من ذلك أن القانون المذكور يقضى :

أولا : يحظر تقديم المشروبات الكحولية بأنواعها فى المحال والأماكن العامة ، ويستثنى من ذلك الفنادق والمنشآت السياحية والأندية ذات الطابع السياحى .

ثانيا : منع الاعلان والدعاية عن الخمور بكافة الوسائل وفرض عقوبة لمن يخالف ذلك .

ثالثا : الغاء التراخيص الصادرة للمحال العامة بتقديم الخمور قبل العمل بالقانون .

رابعا : النص على عقاب كل من يضبط فى مكان عام أو محل عام فى حالة سكر بين بعقوبة الحبس التى لا تقل مدته عن أسبوعين ولا تزيد على ستة اشهر أو بغرامة لا تقل عن عشرين جنيها ولا تجاوز مائة جنيه ووجوب الحكم بالحبس فى حالة العود بدلا من الحكم الذى كان واردا فى المادة ٣٨٥ من قانون العقوبات والذى يجعل العقوبة على هـــذه الجريمة عقوبة مخالفة وهى الغرامة التى لا تتجاوز جنيها مصـريا أو الحبس الذى لاتزيد مدته على أسبوع (١) ٠

ومما يسترعى النظر أن القانون لا يحظر بيع الخمور وتداولها ، ولا يحظر شربها الا فى الأماكن والمحال العامة ، واستثنى من ذلك الفنادق والمنشآت السياحية والأندية ذات الطابع السياحى ، ولا يعاقب شـارب الخمر اذا شربها ووجد بعد ذلك فى مكان او محل عام ٠ الا اذا كان فى حالة سكر بين ، ويعاقب فى هذه الحالة بالحبس أو الغرامة ، وبالحبس فى حالة العود وكان قد اقترح لدى مناقشة الاقتراح بمشروع هذا القانون أمام مجلس الشعب بفرض عقوبة الجلد ٨٠ جلدة لمن يخالف احكام المادة الثانية من المشروع ولم يوافق على هذا الاقتراح (٢) ٠

والمفهوم مما دار لدى مناقشة مشروع هذا القانون بمجلس الشعب أنه قصد به أن يكون بداية على الطريق نحو تطبيق الحدود الاسلامية ٠

---

(١) ملحق مضبطة مجلس الشعب ـ الجلسة الرابعة والخمسين ـ ١٦ مايو سنة ١٩٧٦ ص ٦٣ ، ٦٤ ٠

(٢) مضبطة مجلس الشعب ـ الجلسة الخامسة والخمسين ـ ١٧ مايو ١٩٧٦ ص ٤٥ ٠

الفصل السادس

حـــد الردة

النصوص الواردة فى الردة :

قال الله تعـــالى :

« ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فاولئك حبطت أعمالهم فى الدنيا والاخرة ، وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون » .

وروى البخارى وأبو داود ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : «من بدل دينه فاقتلوه » .

وروى الجماعة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يحل دم امرىء مسلم الا باحدى ثلاث : الثيب الزانى ، والنفس بالنفس والتـــارك لدينه المفارق للجماعة » .

وروى الدارقطنى ان امرأة يقال لها أم رومان ارتدت عن الاسلام ، فبلغ أمرها النبى صلى الله عليه وسلم فامر بأن تستتاب والا قتلت .

وقد ثبت أن أبا بكر رضى الله عنه قاتل المرتدين وقتـــل منهم من قتل ، ووافقه على ذلك كل الصحابة فكان ذلك اجماعا .

تعريف الردة :

الردة لغة : هى الرجوع .

والردة شرعا : هى الرجوع عن دين الاسلام ، ويستوى فى ذلك أن يكون باعتناق دين آخر أو بعدم اعتناق دين آخر ٠

والردة ركنان :

الأول : الرجوع عن الاسلام ٠

الثانى : القصد الجنائى ٠

الركن الاول ـ الرجوع عن الاسلام

الرجوع عن الاسـلام يكون بترك الاسـلام بمظاهر تدل على ذلك لا تحتمل التاويل ، وسواء كان ذلك بالقول أو الفعل أو الامتناع عن فعل بالقول بأن يصدر قول من الشخص يتضمن انكار أمر من امور الاعتقاد الثابت بدليل قطعى ٠ كانكار وحدانية الله أو انكار ان القرآن منزل من عند الله ، وبالفعل ، بان ياتى بفعل يحرمه الاسلام تعمدا واستخفافا به أو عنادا ومكابرة كالسجود لغير الله تعالى ، واتيان المحرمات مع استحلال اتيانها كاستحلال الزنا وشرب الخمر ، أو بالامتناع عن فعـل يوجبـه الاسلام كالامتناع عن اداء الصلاة والزكاة أو الحج منكرا لها ٠

واتفق العلماء على انه لا يفتى بردة مسلم اذا فعل فعلا او قال قولا يحتمل الكفر ويحتمل غيره ٠

والاعتقاد المجرد لا يعتبر ردة الا اذا تجسم فى قول أو عمل لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « ان الله عفى لأمتى عما وسوست أو حدثت به نفسها مالم تعمل به أو تتكلم » فالاعتقاد المنافى للاسلام لايخرج المرء

من دين الاسلام الا اذا افصح عنه بقول أو عمل . أما اذا ظل هذا الاعتقاد حبيسا فى سريرته فلا عقاب عليه بحد الردة (١) .

وقد اختلف الفقهاء فيمن خرجوا من كفر الى كفر ؛ قال أبو حنيفة ومالك وأصحابهم أنهم يقرون على ذلك ولا يعترض عليهم وحجتهم فى ذلك قول الله تعالى : (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) وأمره تعالى ان يقول مخاطبا لجميع الكفار (قل يا أيها الكافرون لا أعبد ما تعبدون ولا أنتم عابدون ما أعبد) فجعل الله تعالى الكفر كله دينا واحدا . وقد قال الله تعالى (لا اكراه فى الدين) فاذا أجبر على ترك دينه الجديد فقد أجبر على اعتقاد الكفر والرجوع الى الكفر ، وان أكره على اعتناق الاسلام فكيف يجوز أن يجبر على ذلك دون سائر اهل الكفر من اهل الدمة فهو كافر وهم كفار ولا فرق بينه وبينهم .

وقال الشافعى وأصحابه أنهم لا يقرون على ذلك اصلا ثم اختلفوا فقالت طائفة من اصحاب الشافعى : أن الكافر فى هذه الحالة ينبذ اليه عهده ويخرج الى دار الحرب فان ظفر به بعد ذلك فى رواية قالوا ان رجع الى دينه الكتابى الذى خرج منه أقر على حريته وترك وفى رواية اخرى قالوا لا يترك بل لا يقبل منه الا الاسلام أو السيف .

---

(١) التشريع الجنائى الاسلامى - الأستاذ عبد القادر عودة جـ ٢ ص ٧١١ .

وتنص المادة الاولى من مشروع قانون اقامة حد الردة الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل بجمهورية مصر على أن : يكون مرتدا كل بالغ مسلم أو مسلمة رجع عمدا عن الاسلام بقول صريح أو بفعل قطعى الدلالة ، يجحد به ما يعلمه العامة من الدين بالضرورة ويعاقب حدا بالاعدام ويشترط للعقاب أن يستتاب الجانى لمدة ثلاثين يوما ويصر على ردته .

ولا يرى الظاهريون الحاقه بدار الحرب بل يجبر على الاسلام والا فتـــل (١) .

وقد اختلف الفقهاء فى ماهية السحر ، فقـال البعض ان السـحر حقيقة وله تاثير فى ايلام الجسم واتلافه وقال البعض الاخر انه لا حقيقة له ولا تاثير ومن المتفق عليه أن السحر وتعلمه حرام واعتقاد اباحته كفر لما روى عن ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ليس منا من سحر أو سحر له وليس منا من تكهن أو تكهن له وليس منا من تطير أو تطير له » (٢) .

الا أن الخلاف ثار بين الفقهاء فى جواز قتل الساحر والكاهن :

فمالك وأبو حنيفة وأحمد : يرون أن الساحر يكفر بتعلم السحروفعله سواء اعتقد الحرمة أو لا ويقتل دون استتابته وذلك استنادا الى حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم « حد الساحر ضربه بالسيف » اى عقابه القتـــل .

ويرى الشافعى أن الساحر لا يقتل ولا يكفر الا اذا اعتقد اباحته (٣)

وأما الكاهن فقيـل هو الساحر ، وقبل هو العراف الذى يحـــدث ويتخرص وقيل من له من الجن من ياتيه بالأخبار . وحكم الكاهن :

---

(١) يراجع فى تفصيل هذه الآراء ومناقشة حججها - المحـــلى ج ١١ ص ١٩٤ - ص ١٩٧ .

(٢) المهذب - ج ٢ - ص ٢٢٤ .

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٨ .

عند الحنفية :

اذا اعتقد ان الشياطين يفعلون له ما يشاء كفر ، وان اعتقد أنه تخييل لا يكفر .

عند الشافعى :

اذا اعتقد ما يوجب الكفر مثل التقرب الى الكواكب وأنهـا تفعل ما يلتمسه كفر ، فاذا لم يات بما يكفره فهو مسلم عاص .

عند أحمد :

حكمه كالساحر ، يقتل فى رواية لقول عمر رضى الله عنه : اقتلوا كل ساحر وكاهن . وفى رواية ان تاب لم يقتل (١) .

والأصل أنه يشترط فى المرتد أن يكون عاقلا بالغا مختارا .

فلا يعتد بارتداد المجنون والصبى والسكران والمكره على تفصيل فى ذلك (٢) .

ردة المجنون :

لا يعتد بردة المجنون حال جنونه لأن العقل شرط من شروط الأهلية،

---

(١) حاشية رد المختار ، مطبعة الحلبى ١٩٦٦ ج ٤ ص ٢٤٠ . شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٨ .

(٢) لم يعتد مشروع قانون حد الردة الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل فى مصر بردة الصبى والمجنون والمعتوه والمكره فلم يعرض لهم وترك الأمر شانهم يجرى وفقا للقواعد العامة ـ على أنه بالنسبة للصبى فيما بعد السابعة الى الخامسة عشرة اتجه الى تهذيبه ، ووضع عقوبة تعزيرية تفرض على الصبى المرتد فى سن الخمسة عشرة الى الثامنة عشرة .

اما اذا ارتد حال افاقته فان ردته تصح ، فاذا ارتد قبل اصابته بالجنون ثم جن فانه لا يقتل حال جنونه لان القتل لا يكون الا بعد الاصرار على ردته بعد الاستتابة والجنون يحول دون الاستتابة ٠

وعند المالكية الجنون يوقف تنفيذ الحكم ويظل الحكم موقوفا حتى يفيق المجنون ٠

وعند الحنفية يوقف تنفيذ العقوبة على المجنون الا اذا كان الجنون قد طرأ بعد تسليم المجنون للتنفيذ عليه لان البدء فى التنفيذ لا يوقف الجنون ٠

وأساس وقف تنفيذ الحكم للجنون ان شرط العقوبة تكلف الجانى اى صلاحيته لتحمل المسئولية الجنائية ٠ والعقوبة تكون بالقضاء فوجب أن يتوافر شرط العقوبة وهو التكليف وتمت المحاكمة والحكم ٠ وأن الاستيفاء من تمام القضاء ويعتبر متمما للتقاضى ٠ واذا سلم الجانى للتنفيذ عليه فيعتبر أن التنفيذ قد تم ببدأ التسليم ٠

وعند الشافعية والحنابلة تنفذ على المجنون عقوبة كل جريمة تثبت عليه بالبينة وعقوبة كل جريمة تثبت بالاقرار اذا كان العدول عن الاقرار لا يسقط الاقرار كالقصاص ٠ أما اذا كان العدول عن الاقرار يسقط العقوبة كما هو الحال فى الزنا والسرقة فيوقف التنفيذ حتى يفيق المجنون لاحتمال عدوله عن الاقرار بعد افاقته (١) ٠

---

(١) التشريع الجنائى الاسلامى - الأستاذ عبد القادر ج ٢ص٧١٤ وص٧١،٧٢ من الكتاب - المهذب - ج٢ص٢٢١ - كشاف القناع ج٦ص١٧٥

ردة الصبى :

لا خلاف بين الفقهاء فى أن ردة الصبى الذى لا يعقل غير صحيحة، وانما اختلف الفقهاء فى ردة الصبى الذى يعقل .

فعند أبى حنيفة ومحمد ومالك : البلوغ ليس بشرط للردة فتصح ردة الصبى الذى يعقل ، وحجتهما فى ذلك أن الصبى المميز يصح اسلامه فتصح ردته ، اذ الردة أساسها العقيدة التى يعبر عنها الاقرار الصادر عن عاقل . على أن الصبى المرتد لا يقتل لأن الحد لا يجب الا على البالغ بعد الاستتابة ، فيحبس الصبى المرتد حتى يبلغ ثم يستتاب (١) .

ويرى ابو يوسف أن الردة لا تصح الا اذا بلغ الصبى مرتدا لأنه لا يعتد بتصرفاته التى تضره ضررا محضا كالردة ، أما الايمان فيصح من الصبى لأنه نفع محض ، لذلك يصح اسلام الصبى عند أبى يوسف ولاتصح ردته (٢) .

ويرى الشافعى وزفر : أن ردة الصبى لا تصح وكذلك اسلامه ، اذ أن اسلامه عندهما ليس باسلام وردته ليس بارتداد لانه يتبع أبويه (٣) .

ويتفق هذا الرأى مع رأى الظاهريين وحجتهم فى ذلك قول النبى صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاث : عن الصبى حتى يبلغ ، وعن

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٤ .
(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٤ ، ٤٠٦ .
(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٤ . المهذب ج ٢ ص ٢٢١ .

النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » (١) .

وفى مذهب الحنابلة رايان : أولهما متفق مع رأى أبى حنيفـــة ومحمد وثانيهما يتفق مع رأى ابى يوسف (٢) .

ردة السكران :

يرى ابو حنيفة ومالك واحمد والشافعى فى رواية ، أنه لا يصح ارتداده ولا اسلامه لأنه زائل العقل (٣) .

وفى مذهب الشافعية رأى اخر بصحة ارتداده اذا سكر ، وقيل انه يشترط ان يكون قد تناول المسكر مختارا بلا اكراه والا فيعامل معـــاملة المجنون (٤) .

---

(١) تنص المادة ١٠ من مشروع قانون اقامة حد الردة الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل فى مصر على أنه اذا وقعت الردة من غير البالغ يعزر على الوجه الاتى :

(أ) اذا كان الجانى قد اتم السابعة ولم يتم العاشرة فللقاضى أن يوبخه فى الجلسة أو ان يامر بتسليمه الى احد والديه او الى ولى نفسه او بايداعه احدى مؤسسات الرعاية الاجتماعية المبينة بالقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٤ بشان الاحداث .

(ب) وان كان قد اتم العاشرة ولم يتم الخامسة عشرة يعـــاقب بضربه بعصا رفيعة من عشر الى خمسين ضربة .

(جـ) وأن كان قد أتم الخامسة عشرة ولم يتم الثامنة عشرة يعاقب بالحبس من سنة الى ثلاث سنين كاملة .

وفى جميع الأحوال لا تقام الدعوى الجنائية على الصغير الذى لم يبلغ من العمر سبع سنين .

(٢) كشاف القناع جـ ٦ ص ١٧٥ .

(٣) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٤٠٧ .

(٤) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٤٠٧ - المهذب جـ ٢ ص ٢٢٩ .

وتنص المادة ٦ من المشروع الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل فى مصر على أن يمتنع الحد اذا وقعت الجريمة فى حالة سكر أو أذى .

ردة المكره :

الاجماع على أن من اكره على الكفر لا يعتبر كافرا لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « عفى لأمتى عن الخطا والنسيان وما استكرهوا عليه » .

الركن الثانى ـ القصد الجنائى

الردة جريمة عمدية يستلزم وجودها توافر القصد الجنائى لـدى الجـانى .

ويتوافر هذا القصد اذا كان يعلم أن ما فعله أو قاله أو امتنع عامدا عن فعله ، يؤدى الى الكفر ، فاذا انتفى هذا العلم فلا يتوافر القصـد الجنائى ، كما اذا نطق الكلام الكفرى وهو يجهل معناه أو نطق الـكفر عن غير قصد نتيجة فرح أو انفعال .

ويقول بعض الفقهاء ان القصد الجنائى يتحقق بتوافر نية الـكفر بجانب اتيان الفعل أو القول الكفرى .

بينما ذهب البعض الاخر بأنه يكفى لتوافر هذا القصـد أن يأتى الجانى الفعل أو القول الكفرى اسـتخفافا او عنادا أو تحقيرا ولو لـم يصاحب ذلك نية الكفر (١) .

= ويعاقب الجانى فى هذه الحالة بالعقوبة المنصوص عليها فى المادة ٩ دون اخلال بالعقوبة المقررة لحد الشرب .

وجاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع ان المشروع ارتأى النص على امتناع الحد اذا وقعت الجريمة فىحالة سكر ارادى باعتبـار أن ردة السكران لا يعتد بها شرعا ، ونظرا لأن مسئولية السكران عن الجريمة المرتكبة فى حالة السكر الارادى قد استقرت فى القانون الوضعى بوصفها مسئولية كاملة فيسال الجانى عن الجريمة بوصف العمد أو الخطا بحسب موقف الارادة من النتيجة فقد رؤى النص على امتناع تطبيـق الحـد ومعاقبة الجانى تعزيرا بالعقوبة المقررة بالمادة التاسعة من المشروع وهى السجن مدة لا تزيد على عشر سنين ، دون اخلال بالعقوبة المقررة لحد الشرب واستثناء مما تقضى به الفقرة ٢ من المادة ٣٢ من قانون العقوبات من أن الجرائم الواقعة لغرض واحد ، والمرتبطة ببعضها ارتباطا لا يقبل التجزئة تعتبر جريمة واحدة تستوجب الحكم بالعقوبة المقررة للجريمـة الأشد .

(١) جاء بفتح القدير جـ ٤ ص ٤٠٧ : من هزل بلفظ الكفر ارتد وان لم يعتقده للاستخفاف فهو ككفر العناد .

اثبات جريمة الردة

يثبت حد الردة كغيره من جرائم الحدود بأمرين :

١ - الاقـــرار ٠

٢ - شهادة الشهود ٠

الاقـــرار :

الاقرار حجة على المقر فتثبت به الجريمة ٠

ويشترط ان يكون الاقرار صادرا من عاقل بالغ مختار ٠

وأن يكون مفصلا ومبينا للفعل الكفرى (١) ٠

شهادة الشهود :

جمهور الفقهاء على أن الردة تثبت بشهادة رجـلين عدلين ، وقال ابن المنذر : أن أحدا لم يخالفهم الا الحسن ، اذ قال لا يقبل فى القتـل الا أربعة ٠

---

(١) تنص المادة ٢ من مشروع قانون اقامة حد الردة الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل بمصر على أن تثبت جريمة الردة المعاقب عليها حدا فى مجلس القضاء بالاقرار مرة واحدة أو بشـــهادة رجلين وتنص المادة ٣ من المشروع على ان يشترط فى الاقرار ٠
(أ) أن يكون المقر عاقلا مختارا وقت الاقرار غير متهم فى اقراره
(ب) أن يكون الاقرار صريحا واضحا منصبا على ارتكاب الجريمة بشروطها ٠

ويجب أن يفصل الشاهد فى شهادته فيوضح ما نسب الى الجانى ويعتبر كفرا ليتسنى للقاضى تكييف ذلك والفصل فيما اذا كان ما نسب الى الجانى يعتبر كفرا يرتد به الجانى عن الاسلام لاختلاف الناس فيما يكفر به (١) .

عقوبة الردة

عقوبة المرتد القتل حدا بالاتفاق لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « من بدل دينه فاقتلوه » وقوله عليه الصلاة والسلام « لا يحل دم امرىء مسلم الا باحدى ثلاث : الثيب الزانى والنفس بالنفس ، والتارك لدينه المفارق للجماعة » .

وأجمعت الأئمة على ذلك فصار اجماعا .

وقد اختلف الفقهاء فى قتل المرتدة .

فعند ابى حنيفة :

لاتقتل المرتدة وانما تستتاب . فان لم تتب حبست وتستتابويعرض

---

(١) راجع نظام التجريم والعقاب في الاسلام ـ المستشار على على منصور ص ٣٨٩ ـ وتراجع الشروط العامة للشهادة ص ١٥٨ وما بعدها من هذا المؤلف .

وتنص المادة ٤ من مشروع قانون حد الردة الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل فى مصر على أنه يشترط فى الشهادة .

(أ) ان يكون الشاهد مسلما ـ (ب) أن يكون بالغا عاقلا ويشترط فى الشاهد العدالة مالم يثبت غير ذلك قبل اداء الشهادة ـ (جـ) أن يكون مبصرا قادرا على التعبير قولا وكتابة ـ (د) أن يشهد بالمعاينة لا نقلا عن الغير ـ (هـ) ان تكون شهادته صريحة فى الدلالة على وقوع الجريمة بشروطها .

عليها الاسلام وتظل محبوسة الى أن تسلم أو تموت . وحجة هذا الرأى ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل المرأة فى الجهاد قال عليه الصلاة والسلام « لا تقتلوا المرأة » ولأنها لاتقتل بالكفر الأصلى اذا خرجت فى الحرب فأولى الا تقتل فى الكفر الطارىء بالردة ، وأنه يمكن دفع ضررها بحبسها ، وما قيل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل مرتدة فانه عليه الصلاة والسلام لم يقتلها لمجرد الردة بل لأنها كانت ساحرة شاعرة تهجو رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان لها ثلاثون ابنا وهى تحرضهم على قتال الرسول فأمر بقتلها (١) .

عند جمهور الفقهاء :

يرى جمهور الفقهاء ومن بينهم الأئمة الثلاثة اقامة حد الردة على المرأة المرتدة وقتلها ، وحجتهم فى ذلك أنها تدخل فى عموم حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم « من بدل دينه فاقتلوه » وقد روى الدارقطنى أن امرأة تدعى أم رومان ارتدت عن الاسلام فبلغ أمرها النبى صلى الله عليه وسلم فأمر بأن تستتاب والا قتلت ، وأن نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن قتل المرأة مقصود به الكافرة الأصلية ، ولا يجوز أن يقاس على الكفر الأصلى الكفر الطارىء لأن الرجال والنساء يقرون على الكفر الأصلى ولا يقرون على الكفر الطارىء ، وان مضار ردة المرأة كمضار ردة الرجل (٢) .

---

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٣٨٨ .

(٢) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٣٨٨ ، ٣٨٩ وقد أخذ مشروع اقامة حد الردة الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل فى مصر برأى جمهور الفقهاء لقوة حجته .

الاســـــتتابة

ارتداد المسلم عن الاسلام لا يكون الا اذا ساورته الشكوك والاوهام والوساوس وكانت له شبهة فى امر دينه . فكان لابد ان تعطى له مهـــلة تمكنه من التامل فيما صار اليه امره ولتقدم اليه خلالها الادلة على فساد ما طرا على عقيدته .

وقد اختلف الفقهاء فيما اذا كانت الاستتابة واجبة ام مستحبة .

فيرى جمهور الفقهاء ومنهم مالك وفى رواية لاحمد وفى احد قولى الشافعى ان الاستتابة واجبة وحجتهم فى ذلك وجوب اعطاء المرتد مدة تمكنه من التامل ، ولما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم عندما بلغـه ارتداد امراة تدعى ام رومان امر أن تستتاب والا قتلت ، ولما روى عن عمر رضى الله عنه ان رجلا اتاه من قبل أبى موسى فقال له هل من مغربة خبر فقال : نعم رجل ارتد من الاسلام فقتلناه فقال له : هلا حبستوه فى بيت ثلاثة أيام وأطعمتموه كل يوم رغيفا واســـتتبتموه لعله يتوب ، ثم قال : اللهم انى لم احضر ولم آمر ولم ارض اذ بلغنى (١) .

وعند ابى حنيفة وابى يوسف وحسن البصرى وفى روابة عن احمد وفى أحد قولى الشافعى الاستتابة مستحبة لا واجبة ، وانما يعرض عليه الاسلام استحبابا لعله يسلم سواء طلب ذلك او لم يطلب .

وحجة هذا الراى هو العموم فى قول النبى صلى الله عليه وســـلم

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٣٨٦ - كشاف القناع ج٦ ص ١٧٤ - المهذب ج ٢ ص ٢٢٢ - حاشية الدسوقى - ج ٤ ، ص ٣٠٤ .

« من بدل دينه فاقتلوه » فقد أمر عليه الصلاة والسلام بقتل التارك لدينه دون أن يامر باستتابته ، ولأن الدعــوة قد بلغت المــرتد فانتفى بذلك الوجوب ، وأنه بالارتداد يستحق المرتد القتل ويصبح غير معصوم الدم ، واتفق العلماء على انه لو قتله شخص قبل الاستتابة فانه لا يقتل به ولو وجبت الاستتابة لضمنه القاتل (١) .

وقال عطاء اذا كان المرتد مسلما أصليا لايستتاب لأن مظنة جهــله غير ثابتة وان كان قد أسلم ثم ارتد فيستتاب لمظنة أن يكون جاهلا .

مدة الاســتتابة :

يرى جمهور الفقهاء أن مدة الاستتابة ثلاثة أيام بلياليها من يوم ثبوت الكفر على المرتد لا من يوم الكفر ولا من يوم التبليغ (٢) .

وقال الزهرى يدعى المرتد ثلاث مرات من غير التزام بأن يكون ذلك فى ثلاثة أيام لأن العبرة بالارشاد وطلب الهداية .

وعند ابراهيم النخعى لا تحد التوبة بمرة أو ثلاث مرات ولا بيوم ولا ثلاثة أيام أو أكثر ، وانما العبرة بالتوجيه والارشاد وتكرر الاستتابة حتى يكون الياس فينفذ الحد (٣) .

---

(١) شرح القدير ج ٤ ص ٣٨٦ - العقوبة الشيخ محمد أبو زهرة ص ١٧٥ المهذب ج ٢ ص ٢٢٢ .

(٢) حاشية الدسوقى - ج ٤ ص ٣٠٤ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٣٨٦ - المهذب ج ٢ ص ٢٢ - كشاف القناع ج ٦ ص ١٧٧ .

(٣) العقوبة - الشيخ محمد أبو زهرة ص ١٨٥ و ١٨٦ .

وفى مذهب الشافعى رأيان : أحدهما ان الاستتابة مدتها ثلاثة أيام، والثانى وهو الراجح فى المذهب انه اذا لم يتب فى الحال قتل لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال : من بدل دينه فاقتلوه دون تقييد بانتظار (١) .

وقال على بن أبى طالب يستتاب المرتد شهرا وفى رواية عن أبى موسى الأشعرى أنه استتاب مدة شهرين رجلا كان يهوديا فاسلم ثم تهود (٢) .

كيفية التوبة :

تتحقق توبة المرتد بالعدول عما كفر به فتختلف التوبة باختلاف موجبها من قول أو فعل أو اعتقاد ، فالمرتد بجحود فرض لا تقبل توبته حتى يقر بما جحده ، ومن أنكر أن محمدا صلى الله عليه وسلم مبعوث الى العالمين لا تقبل توبته حتى يشهد انه صلى الله عليه وسلم بعث الى الخلق أجمعين .

وقد جاء فى فتح القدير ان التوبة تكون بأن يبرأ المرتد عن الأديان كلها سوى دين الاسلام . وأن ينطق بالشهادتين وأن يشهد بأن لا اله الا الله وأن محمدا عبده ورسوله ويقر بما جاء من عند الله ويتبرأ من الدين

---

(١) المهذب - ج ٢ ص ٢٢٢ .
(٢) المحلى ج ١١ ص ١٩١ .
نظام التحريم والعقاب فى الاسلام - المستشار على على منصور - ص ٣٨٧ هذا وقد شرط مشروع قانون حد الردة الذى أعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل فى مصر فى مادته الأولى الاستتابة لاقامة الحد ، وحد مدتها بثلاثين يوما أخذا برأى الامام على .

الذى انتحله ويقر بما انكره من دين الاسلام وادى الى ردته ، وأنه من المستحب الاقرار بالبعث والنشور (١) .

من لا يستتاب :

قال جمهور الفقهاء ومن بينهم مالك والليث ورواية عن أبى حنيفة ان من تكررت ردته وتكررت توبته لا يستتاب لأنه لا يجوز لمن سخر بدين الله ولم تكن توبته السابقة عن ايمان بل كانت توبة نفاق ان تتكرر استتابته ومثل ذلك الزنديق الذى يروج افكارا فاسدة بين المسلمين ويبطن الكفر ويظهر الايمان فان ظهر منه ما يدل على الكفر اقيم عليه الحد ولا يستتاب ، وحجتهم فى ذلك قوله تعالى : (ان الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا ثم ازدادوا كفرا لم يكن الله ليغفر لهم ولاليهديهم سبيلا)

وقد روى عن أبى حنيفة فى رواية أخرى قبوله توبة الزنديق (٢).

وقال الشافعى يستتاب المرتد دائما لأن الأمر بالاستتابة عام فى كل الاحوال وان النبى صلى الله عليه وسلم كان يعلم أمر المنافقين ولكنه لم يقتلهم ونهى عن قتلهم . والزنادقة والمرتدون والعائدون ليسوا اشد حالا من المنافقين فالاستتابة لازمة بالنسبة الى الجميع (٣) .

---

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٣٨٧ .
(٢) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٣٨٧ .
(٣) المهذب ـ جـ ٢ ص ٢٢٣ ـ فتح القدير ـ جـ ٤ ص ٣٨٧ العقوبة للشيخ محمد أبو زهرة ص ١٧٧ .

هذا وقد نص مشروع قانون اقامة حد الردة الذى اعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل فى مصر على عقوبة تعزيرية تفرض على من ارتد مرة أخرى وامتنع تطبيق الحد لتوبته وحدد هذه التوبة فى المادة ٩ من المشروع بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنين .

آثار التـــوبة :

يترتب على التوبة ممن تقبل توبتـه أن يسقط عنـه القتل فيعود معصوم الدم كما كان قبل الردة ، فاذا قتله شخص سئل عن قتله اما قبل ذلك فيكون المرتد مهدر الدم من وقت الردة . فان قتل فلا يؤاخذ قاتله باعتباره قاتلا وانما يعاقب بعقوبة تعزيرية لافتئاته على السلطات العامة

واذا سقطت العقوبة الأصلية بالتوبة استبدل بها القاضى عقـــوبة تعزيرية مناسبة لحال الجانى ، وقد تكون هذه العقوبة الجلد أو الحبس او الغرامة أو التوبيخ .

وتشدد هذه العقوبة على من تكررت ردته عند من يقول بقبول توبة من تتكرر ردته . فاذا سقطت العقوبة الأصلية بشبهة كاسقاطها عن المرأة فتحبس الى ان تسلم ويمكن اضافة عقوبة تعزيرية الى الحبس .

حـكم مـلك المـرتد وتصرفاته

لا تؤثر الردة فى أهلية المرتد للتملك بالهبة وبالشراء لكنه لايتملك بالميراث فى دار الاسلام لانه لا يقر على ردته .

ولا تقتصر عقوبة المرتد على قتله وانما تتجاوز ذلك الى ماله . وقد اختلف الفقهاء فى اثر الردة على أموال المرتد .

فعند ابى حنيفة وفى قول للشافعى يزول ملك المرتد عن ماله زوالا موقوفا غير بات فى الحال ، فان أسلم عادت اليه أمواله ، وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر أمره واعتبر كافرا حربيا من وقت الردة ، ويعتبر أبو حنيفة لحاق المرتد بدار الحرب فى حكم موته اذا قضى بلحاقه لان اللحاق بدار الحرب بمثابة الموت فى زوال ملكه على أمواله المتروكة فى دار الاسلام ، لان زوال الملك بالموت

حقيقة لكونه مالا فائضا عن حاجته لانتهاء حاجته بالموت وعجـزه عن الانتفاع به . وقد وجد هذا المعنى باللحاق بدار الحرب لأن المال الذى فى دار الاسلام خرج عن أن يكون منتفعا به فى حقه لعجزه عن الانتفاع به . فكان اللحاق بمنزلة الموت فى كونه مزيلا للملك .

ووفقا لما تقدم توقف تصرفات المرتد فان أسلم جازت هذه التصرفات وان مات على ردته أو قتل أو لحق بدار الحرب بطلت كل تصرفاته (١).

وفى قول اخر للشافعى يزول ملك المرتد لأنه عصم بالاسلام دمه وماله ثم ملك المسلمون دمه بالردة فوجب ان يملكوا ماله بالردة (٢) .

ويكون هذا المال فيئا للمسلمين يودع بيت المال ولا يصح تصـرف المرتد فى هذا المال .

وفى مذهب الشافعية قول بان ملك المرتد لا يزول عن ماله لأن اباحة دمه لا يوجب زوال ملكه ووفقا لهذا انقول تكون تصرفات المـــرتد فى ملكه جائزة (٣) .

ومن راى ابى بكر الخلال من الحنابلة ، ان ملكية المرتد تزول عن ملكه ويكون فى حكم الفىء من حين ردته . فان تاب استرد ماله كاملا وعلى هذا لا يتملك ثمرات المال فى مدة ردته لأنه بالتوبة يعود اليه ماله ملكا مستانفا ، لأن عصمة ماله ونفسه ثبتت باسلامه وبردته تزول عنه العصمة فى النفس والمال وبالتوبة تعود اليه من جديد (٤) .

---

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٣٩٠ و ٣٩١ .
أخذ مشرع قانون اقامة حد الردة الذى اعدته اللجنة المشكلة بوزارة العدل بهـذا الراى حيث تنص المـــادة ١٩ منه « يحظـر على المتهـم بالردة التصرف فى امواله أو ادارتها ، وكل تصـرف أو التزام يصـدر منه خلال فترة اتهامه يكون معلقا على البت فى أمره » .
(٢) المهذب جـ ٢ ص ٢٢٣ .
(٣) المهذب ـ جـ ٢ ص ٢٢٣ .
(٤) العقوبة للشيخ محمد ابو زهرة ص ١٧٧ و ١٧٨ .

وطبقا لهذا القول تبطل تصرفات المرتد لأنه يتصرف فى غير ماله

ويرى أبو يوسف ومحمد : أن المرتد مكلف محتاج وأثر الردة فى أباحة دمه لا فى زوال ملكه ، فان لم يقتل يبقى ملكه وصار كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص لا يزول ملكه مالم يقتل وعلى ذلك فتصرفات المرتد عندهما جائزة كما تجوز من المسلم ولكنهما اختلفا فى مدى جواز هذه التصرفات .

فذهب أبو يوسف الى اعتبار تصرفاته كتصرفات الصحيح لأنه متمكن من دفع الهلاك بالاسلام والمريض غير قادر على دفعه .

وأما محمد فجعل تصرفه كتصرف المريض مرض الموت لأنه أسوأ من المريض حالا (١) .

ميراث المرتد :

وأما بالنسبة لميراث المرتد فقد اختلف الفقهاء فى حكمه :

وفى مذهب الحنفية الردة كالموت فى ازالة سبب الملك فاذا ارتد شخص فان الردة تعتبر بالنسبة لماله موتا فهو مسلم مات فيرثه ورثته المسلمون على تفصيل فى ذلك (٢) .

فيرى أبو حنيفة : انه اذا مات المرتد أو قتل على ردته أو حكم بلحاقه بدار الحرب انتقل ما اكتسبه فى اسلامه الى ورثته المسلمين ،

---

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٣٩١ .
(٢) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٣٩٠ و ٣٩١ .

وأما ما اكتسبه حال ردته فيكون فيئا لجماعة المسلمين يوضع فى بيت المال . وأساس هذه التفرقة عند ابى حنيفة الالتزام بتوريث المسلم من المسلم ولأن التوريث فيما اكتسبه المرتد حال الردة يترتب عليه توريث المسلم من الكافر وذلك لا يجوز ، وإنما يرثه من كان وارثا له قبل الردة وبقى وارثا له الى وقت موته (١) .

ويرى أبو يوسف ومحمد أن المرتد يملك ماكسبه قبل الردة وماكسبه فى ردته وملكه باق بعد الردة فى الكسبين فينتقل بموته الى ورثتـــه المسلمين .

أما الشافعى ومالك وأحمد : فيرون أن كلا الكسبين فىء لأنه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر اجماعا ، واستثنى مالك المنافق والزنديق لأنه قد ورثهم أبناؤهم المسلمون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وأساس هذا الرأى أن المرتد لاوارث له بعد وفاته لأن اقاربه من المسلمين لا يرثونه لاختلاف الدين ، ولا يرثه اقاربه غير المسلمين لأنه لا دين له وإن كان قد انتقل الى دينهم لأنه بمقتضى أحكام الشريعـــة لا دين له واذا لم يستحق ماله أحد فيكون فيئا للمسلمين (٢) .

زواج المرتد :

المرتد لا دين له ولا يعامل على أساس الدين الذى اختاره ، ولو كان دينا سماويا وهو يستحق القتل اذا استمر على ردته .

ويرى الفقهاء أن الردة توجب التفريق بين المرتد وبين زوجـه ،

---

(١) شرح فتح القدير ص ٣٩١ .
(٢) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٣٩٠ ، ٣٩١ .

واذا ارتدت امرأة فرق بينها وبين زوجها ٠ ولا ينعقد عقد الزواج الذى يعقده المرتد مع أهل الدين الذى انتقل اليه لانه مستحق القتل ولانـه لا دين له ويسلب ولاية تزويج غيره (١) ٠

الجريمة فى القانون الوضعى

بالرغم من أن دستور جمهورية مصر العربية ينص فى المادة الثانية منه على أن الاسلام دين الدولة ، فان الشارع لم يفرض عقوبة للردة ، وكل ماورد فى قانون العقوبات فى الباب الحادى عشر من الكتاب الثانى تحت عنوان الجنح المتعلقة بالأديان نص فى المادة ١٦٠ على عقـــوبة الحبس مدة لا تزيد على سنة أو بغرامة لا تتجاوز الخمسين جنيها على كل من شوش على اقامة شعائر ملة أو احتفال دينى خاص بها أو عطلها بالعنف أو التهديد ، وعلى كل من ضرب أو كسر أو اتلف أو دنس مبان معدة لاقامة شعائر دين أو رموزا أو أشياء أخرى لها حرمة عند ابناء ملة أو فريق من الناس ٠

وأما المـادة ١٦١ فتعاقب بنفس العقوبات على كل تعـد على أحـد الأديان التى تؤدى شعائرها علنا بشرط ان يكون التعدى قد حصل باحد طرق العلانية المنصوص عليها فى المادة ١٧١ من قانون العقوبات ٠ وأنه

---

(١) العقوبة ـ الشيخ محمد ابو زهرة ـ ص ١٩٨ ٠

يقع تحت احكام هذه المادة (١٦١) طبع أو نشر كتاب مقدس فى نظر أهل دين من الأديان التى تؤدى شعائرها علنا ، اذا حرف عمدا نص هذا الكتاب تحريفا يغير من معناه ، وتقليداحتفال دينى فى مكان عمـومى ومجتمع عمومى بقصد السخرية به أو ليتفرج عليه الحضور .

والدين المنصـوص عليه فى المادتين ١٦٠ و ١٦١ المشـار اليهمـا لا يقتصر على الدين الاسلامى ، وانما يشمل غيره من الأديان

● ● ●

الفصل السابع

حـــد البغى

الأصل فى هذا الحد قول الله تعالى :

(وان طائفتـــان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهمـــا فـــان بغت احداهما على الآخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء الى أمر الله ، فـــان فاءت فاصلحوا بينهما بالعدل واقسطوا إن الله يحب المقسطين) .

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

« سيخرج قوم فى آخر الزمان أحداث الأسنان ، سفهاءِ الأحلام ، يقولون من قول خير البرية ، لا يجاوز ايمانهم حناجرهم ، يمرقون من الدين كما يمرق الســـهم من الرمية . فاينما لقيتموهم فاقتلوهم فان فى قتلهم أجرا لمن قتلهم يوم القيامة » رواه البخارى (١) .

وروى عن عرفجة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ستكون بعدى هنات وهنات ، الا من خرج على، أمتى وهم جميع فاضربوا عنقــه بالسيف كائنا من كان » .

وروى ابن عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال «من نزع يده من طاعة إمامه فانه ياتى يوم القيامة ولا حجة له ومن مات وهو مفارق للجماعة فانه يموت ميتة جاهلية » .

---

(١) فتح القدير جـ ٤ ، ص ٤٦٩ ـ المحلى ـ جـ ١١ ص ٩٧ .

وروى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من حمل علينا السلاح فليس منا » (١) ٠

ولم يختلف الصحابة رضى الله عنهم فى قتال الفئة الباغية بالسيف، اذا لم يردعها غيره ٠

تعريف البغى :

البغى فى اللغة الطلب (٢) ٠ بغيت كذا اى طلبته ، ثم اشتهر فى العرف فى طلب مالايحل من الجور والظلم ٠

والبغى فى الفقه : هو الخروج على الامام مغالبة وبتاويل من قوم لهم منعة ٠

فاركان جريمة البغى ثلاثة :

الأول : الخروج على الامام بتاويل ٠

الثانى : أن يكون الخروج مغالبة ٠

الثالث : القصد الجنائى ٠

---

(١) المهذب جـ ٢ ص ٢١٧ ٠

(٢) ومن معانى البغى فى اللغة ـ التعدى ، وكل مجاوزة وافراط عن المقدار الذى هو حد فهو بغى ٠ والبغى الظلم ٠ والبغى أيضا الفجور٠ والباغية التى تعدل عن الحق وما عليه أئمة المسلمين ٠ يقال بغى الجرح اذا ترامى الى الفساد ـ المهذب ـ جـ ٢ ص ٢١٧ ٠

الركن الأول - الخروج على الامام بتاويل

يتوافر هذا الركن بمخالفة الامام والعمل على خلعه والامتناع عن اداء ما يجب على الخارجين من حقوق واجبة لله تعالى او للجماعة أو للأفراد ، كالامتناع عن تنفيذ حد الزنا أو القصاص ٠

أما الامتناع عن الطاعة فى معصية ليس بغيا اذ لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق ، وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال « على المرء المسلم السمع والطاعة فيما أحب وكره الا أن يؤمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة » (١) ٠

والامامة فرض كفاية فى الشريعة الاسلامية كالقضاء ، اذ لابد للأمة من امام يقوم على شئونها ٠ ويشترط فى الامام عدة شروط أهمها الاسلام والحرية والذكورة والتكليف والعدالة والفطانة ، ولا يعتبر الخروج على الامام الا بعد ان تثبت امامته ٠ وتثبت الامامة بالوسائل الاتية :

أولا : باختيار أهل الحل والعقد من العلماء والفقهاء وهم من اجتمع فيهم ثلاثة أمور : العلم بشروط الامام ، والعدالة ، والراى - وقد ورد هذا الاختيار فى بيعة ابى بكر بعد وفاة النبى صلى الله عليه وسلم ٠

ثانيا : باختيار الامام السابق لمن يليه كما حدث فى اختيار عمر ٠ اذ اختاره ابو بكر قبل وفاته ٠

---

(١) الجريمة فى الفقه الاسلامى - الشيخ محمد أبو زهرة - ص ١٧٨ ٠

ثالثا : أن يجعل الامام السابق الشورى فى جماعة معينة يختارون الامام الجديد من بينهم كما فعل عمر ، إذ ترك الأمر شورى فى ستة من الصحابة فاختاروا عثمان من بينهم .

رابعا : بالتغلب والقهر ، وذلك كما فعل عبد الملك بن مروان حين خرج عليه ابن الزبير واستولى على البلاد وأهلها حتى بايعوه طوعـــا وكرها ودعوه اماما (١) .

واذا لم يثبت الامامة باحدى هذه الطرق فلا يعتبر الخروج على الامام بغيا (٢) .

واذا كانت العدالة من شروط الامامة الا أن جمهور الفقهاء يرى أن الامام لاينعزل بفسقه ولا يجوز الخروج عليه لأن ذلك فى مصلحة المسلمين لما يؤدى اليه الخروج عليه من فتن واضطرابات تفوق فى ضررها بقاء الامام الذى زايلته صفة العدالة . وانما يكتفى فى هذه الحالة بالسعى فى عزله بالطرق السلمية بشرط الا يؤدى ذلك الى فتنة .

ويرى بعض الفقهاء فى المذاهب الأربعة أنه لا يجوز الابقـاء على الظلم والمعاصى . ومن ثم كان التغيير فى هذه الحالة واجبا بالحرب (٣)

ويجب أن يكون الخروج بتأويل ، بأن يستندوا فى خروجهم على الامام الى سبب ، كان يقولوا ان انتخاب الامام لم يتم وفقا للطرق السليمة

---

(١) كشاف القناع جـ ٦ ص ١٥٩ .

(٢) حاشية الدسوقى جـ ٤ ص ٢٩٨ ـ كشاف القناع ـ جـ٦ ص١٥٨ و ١٥٩ .

(٣) الجريمة ـ الشيخ محمد أبو زهرة ـ ص ١٧٨ ، ١٧٩ ، ١٨٠

او انه قام بأعمال معينة كان يجب عليه الامتناع عنها ، أو امتنع عن أداء اعمال كان الأمر يستلزم القيام بها ، ويكون لتاويلهم هذا سندا سائغا من احكام الشريعة الاسلامية وان لم يكن هذا السند قويا ، والتاويل من بين الخصائص التى تميز البغى عن قطع الطريق اذ لا يشترط فى جريمة قطع الطريق هذا التاويل (١) .

وطبقا للرأى الراجح لدى جمهور الفقهاء يجب أن يكون للخارجين على الامام منعه وشوكة بحيث تكون لهم قوة تدعو الامام الى تجهيز قوة لمحاربتهم واعادتهم الى طاعته ، فاذا لم تتوافر لهم هـذه القوة كانت جريمتهم جريمة رأى . وان وقع منهم فرأدى اعتداء ولا منعة لهم اعتبر ما وقع منهم جرائم عادية اذا توافرت أركانها وعوقبوا بالعقوبات المقررة لهذه الجرائم (٢) .

الركن الثانى - أن يكون الخروج مغالبة

يتعين لتوافر جريمة البغى أن يكون الخروج على الامام مغالبة أى يكون وسيلة هذا الخروج استعمال القوة ، فاذا انتفى هذا الشرط فلايعتبر الخروج بغيا ، وذلك كرفض مبايعـــة الامام او المناداة بعزله أو عصيان اوامره ، فاذا كانت هذه الأفعال تكون جرائم عوقب مرتكبها باعتبـارها جرائم عادية ، ومن ذلك ما وقع من امتناع على عن مبايعة أبى بكـــر اشهرا ثم بايع ، وامتناع عبد الله بن عمر وعبد الله بن الزبير عن مبايعة يزيد وأن عليا لم يتعرض للخوارج حتى إستعملوا القوة (٣) .

---

(١) المهذب - ج ٢ ص ٢٢١ .
(٢) كشاف القناع - ج ٦ ص ١٦١ .
(٣) التشريع الجنائى الاسلامى - الاستاذ عبد القـادر عـوده - ج ٢ ص ٦٨٧ .

وقد روى الحضرمى فى ذلك قال : دخلت مسجد الكوفة فاذا نفـر خمسة يشتمون عليا رضى الله عنه ، وفيه رجل عليه برنس يقول : أعاهد الله لأقتلنه ، فتعلقت به وتفرقت أصحابه عنه فأتيت به عليا رضى الله عنه فقلت : انى سمعت هذا يعاهد الله ليقتلنك ، فقال : أذن ويحك من أنت ؟ فقال انا سوار المنقرى . فقال على رضى الله عنه خل عنه فقلت أخلى عنه وقد عاهد الله ليقتلنك فقال : أفأقتله ولم يقتلنى ؟ قلت أنه قد شتمك فقال فاشتمه ان شئت أو دعه (١) .

وقال على للخوارج للذين كانوا يدبرون قتله : لن نمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله ولن نمنعكم الفىء مادامت أيديكم مع أيدينا ولن نقاتلكم حتى تقاتلونا (٢) .

ولا يبدأ الامام قتال الخارجين الا بعد أن يسالهم عن سبب خروجهم، اذ قد يكون خروجهم بسبب ظلم يدفعه الامام أو شبهة فى أمر بجليــه لهم فيعودوا الى طاعته ، وذلك لقول الله تعالى : (فاصلحوا بينهما فان بغت احداهما على الأخرى فقاتلوا التى تبغى) وقد فعل ذلك على رضى الله عنه مع أهل حروراء وهى قرية من قرى الكوفة حيث أرســل اليهم عبد الله بن عباس فناقشهم فى أمر خروجهم على الامام وكانوا ثمانية آلاف فرجع منهم الى طاعة الامام أربعة آلاف بعد أن استمر الحوار ثلاثة ايام وذلك لأن المقصود بالقتال دفع شرهم واعادتهم الى صف الأمة لا قتلهم فاذا امكن الوصول الى ذلك بالحجة والاقناع فلا محل للجوء الى القتال الذى ينعكس أثره الضار على الفريقين (٣) .

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٩ .
(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٩ .
(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٠ ـ المهـــذب ج ٢ ص ٢١٨ ـ كشاف القناع ج ٦ ص ١٦٢ .

ويرى الشافعى ومالك وأحمد أنه لا يجوز البدء بالقتال ، الا اذا بدأ الحارجون بالقتال والاعتداء . فعندئذ يقاتلهم الامام ، لأن قتل المسلم لايجوز الا دفعا والبغاه مسلمون لقـوله تعـالى : (وان طائفتـان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهمـا) ثم قال (فان بغت احداهما على الاخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء الى أمر الله (١) .

ويرى بعض الفقهاء انه اذا علم الامام أن الخوارج يتأهبون للقتال فإنه ينبغى له ان يأخذهم ويحبسهم حتى يرجعوا عما انتووه اذ قد يتعذر دفع شرهم اذا تركوا حتى تقوى شوكتهم (٢)

قتـال اهـل البغى (٣) :

ليس المقصود بقتال أهل البغى الانتقام وانزال الأذىَ بهم لأنهم قوم متأولون ولهم وجهة نظر . فهم لايهدفون الى نهب المال أو قتل النفس ، ومحاربة الدين ولكنهم قاموا ينازعون الامام سلطانه ، ويقصدون تغيير النظام بتأويل سائغ دفعهم الى موقفهم يبغون من ذلك خير الأمـة من وجهة نظرهم ، وقد قصدت الشريعة الاسلامية بقتال أهل البغى قمـع الفتن والاضطرابات ليتوافر للقائمين على أمر المسلمين الاستقرار اللازم للسير بالأمة فى طريق الرقى . لذلك فرق جمهور الفقهاء بين البغـاة وغيرهم من المجرمين العاديين لاتسام جريمتهم بالطابع السياسى . وأن ما يتخذ ضدهم قصد به العودة بهم الى حظيرة الأمة . لذلك كان قتـال

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١١ .
(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٠ ، ٤١١ .
(٣) يراجع فى تفصيل اقوال الفقهاء فى قتال أهل البغى ـ المحلى ـ ج ١١ ص ٩٧ الى ١١٥ .

أهل البغى مختلفا عن قتال المشركين والمرتدين من عدة أوجه نوجزها فيما يلى :

يجب انذارهم قبل القتال ، ولا يهاجمون بغتة ، ويكون القصد من القتال ردعهم دون ان يكون قتلهم متعمدا بخلاف قتال المشركين والمرتدين ، فاذا كف الباغى عن القتال أو القى سلاحه أو ولى مدبرا فلا يقاتل ، ولا يجوز الاجهاز على جريحهم ولا قتل أسراهم ، ولا تسبى لهم ذرية . ولا يقسم لهم مال . وانما يحبس الامام أموالهم فلا يردها عليهم حتى يتوبوا فيردها عليهم وذلك لكسر شوكتهم ، وذلك لقول على رضى الله عنه يوم الجمل : لا يقتل أسير ولا يكشف ستر أى لا تسبى نساؤهم ولا يؤخذ مال ومن القى سلاحه فهو آمن (١) .

وقال بعدم متابعة المدبر من البغاة وعدم الاجهاز على جرحاهم وأسراهم . كثير من الفقهاء منهم مالك والشافعى وأحمد (٢) .

ويفرق أبو حنيفة فى هذه الحالة . فاذا كان للخوارج فئة يلجاون اليها فانه يجيز قتل المدبر والاجهاز على الجريح لضمان عدم عودتهم . والمشاركة فى شن حرب جديدة . أما أسيرهم فان شاء قتله الامام استئصالا له وان شاء حبسه لدفع شره ، واذا لم يكن لهم فئة يلجاون اليها لا يتبع مدبرهم ، ولا يجهز على جريحهم ولا يقتل أسيرهم (٣) .

---

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٤١٣ .
(٢) المهذب جـ ٢ ص ٢١٨ ـ كشاف القناع جـ ٦ ص ١٦٤ ـ حاشية الدسوقى جـ ٦ ص ٩٩ .
(٣) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٤١٢ ـ المهذب جـ ٢ ص ٢١٧ و٢١٨

ولا يجور قتالهم بالنار والرمى بالنار والرمى عن المنجنيق من غير ضرورة ولا تحرق عليهم المساكن لأن الحرب وقعت فى دار الاسلام ودار الاسلام تعصم ما فيها ، أما اذا استهدف أهل العدل لخطرهم جاز لهم أن يدفعوا عن انفسهم بكل الوسائل (١) ·

والعلة فى ان أموال البغاة لا تباح ولا تغتنم وانما تظل معصومة أن الاسلام عصم دمهم ومالهم وانما أبيح قتالهم لردهم الى الطـــاعة وبقى حكم المال على ما كان فلم يجز اخذه كمال قطاع الطريق (٢) ·

هل يستعان على أهل البغى باهل الحرب أو باهل الذمة أو باهــل بغى آخـــرين :

قال الشافعى : انه لا يجوز ان يستعان على أهل البغى بحـــربى ولا بذمى ولا بمن يستحل قتالهم · وذلك استنادا الى قول الله تعـــالى : (وما كنت متخذ المضلين عضدا) ·

وقال اصحاب أبى حنيفة أنه لا باس بان يستعان على اهل البغى باهل الحرب وباهل الذمة وبامثالهم من اهل البغى · وحجتهم فى ذلك انهم لايتخذون هؤلاء عضدا ، وانما القصد من الاستعانة بهم ضربهـــم بامثالهم صيانة لأهل العدل ·

---

(١) المهذب جـ ٢ ص ٢١٩ ـ كشاف القناع ـ جـ ٦ ص ١٦٤ ـ حاشية الدسوقى جـ ٤ ـ ص ٢٩٩ ·

(٢) المهذب جـ ٢ ص ٢١٩ و ٢٢٠ ـ الاحـكام السـلطانية ـ لأبى الحسن على بن محمد بن حبيب البصرى البغدادى الماوسدى ـ الطبعـة الثالثة ـ مكتبة الحلبى ص ٥٠ و ٦١ ·

ويرى أهل الظاهر أنه لا جناح على أهل العدل فى الاستعانة بأهل الحرب اذا اضطروا الى ذلك وبرهان ذلك عندهم قول الله تعالى : (وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه) ، وان فى هذه الآية عموم لكل من اضطر اليه الا ما منع منه نص أو اجماع (١) .

الركن الثالث ـ القصد الجنائى

جريمة البغى من الجرائم العمدية فيجب أن يتوفر لدى الجانى القصد الجنائى ويتحقق هذا القصد فى جريمة البغى بتعمد الخروج على الامام مغالبة فاذا لم يقصد من فعله الخروج على الامام أو لم يقصد المغالبة فلا نتوافر الجريمة ، ويشترط أن يكون الخروج على الامام بقصد خلعه أو عدم طاعته أو الامتناع عن تنفيذ ما يجب على الخارج شرعا فاذا كان الخارج قد خرج امتناعا عن معصية فليس باغيا (٢) .

عقوبة البغى

عقوبة البغى هى القتال : حيث تبيح الشريعة الاسلامية دماء البغاة ، وان كان القتل من آثار القتال غالبا إلا أن ذلك فى حقيقته ليس عقوبة ، وانما هو اجراء يتخذ ضد البغاة لردعهم ، وان كان القتل عقوبة البغى لوقعت هذه العقوبة على البغاة بعد انتهاء القتال ، الا انه من المتفق عليه اذا انتهت حالة المغالبة والقضاء

---

(١) المحلى ج ١١ ص ١١٣ و ١١٤ .
(٢) الجريمة ـ الشيخ محمد أبو زهرة ص ١٨٣ .

على هذه الفتنة السياسية وقف القتال وامتنع القتل ، والخلاف فى قتل الأسير أو الاجهاز على الجريح حيث أجازه بعض الفقهاء وعارضه البعض الآخر على ما سلف بيانه ، فاذا انتهت المغالبة أصبح الباغى معصوم الدم.

ويرى مالك والشافعى وأحمد انه يجوز ، اذا اقتضت ذلك دواعى استقرار النظام ، أن توقع على البغاة عقوبة تعزيرية لاتصل الى القتل .

ويبيح أبو حنيفة أن تبلغ العقـــوبة التعزيرية القتـــل اذا اقتضت الضرورة ذلك .

وغنى عن البيان أن العقوبة فى هذه الحالة ليست عن البغى ، وانما تفرض لدواعى أمن الجماعة فى المستقبل ، وما شرعه الاسلام لمواجهـة هذه الجريمة لم يكن القصد منه حماية الحاكمين من النقد وانما شرعت لحماية الجماعة من شر الفتن التى تحل بنظام الجماعة (١) .

مسئولية الباغى عن الجرائم التى تقع اثناء المغالبة :

الجرائم التى تقتضيها حالة الحرب وتبيحها أحكام الحـــرب فى الاسلام كمقاومه رجال الدولة وقتلهم أو جرحهم والاستيلاء على أموال الدولة أو إتلافها لا ينظر اليها كجرائم عادية يعاقب عليهـا بالعقوبات المقررة لهذه الجرائم باعتبارها جرائم فردية ، وانما تدخل فى حد البغى

أما الجرائم التى تقع من الباغى ولا تقتضيها طبيعة جريمة البغى

---

(١) الجريمة ـ الشيخ محمد أبو زهرة ص ١٨٢ و ١٨٣ .

كجريمة الزنا أو شرب الخمر مثلا فانه يسأل عنها ويعاقب على ارتكابها بالعقوبات المقررة لها ٠

مسئولية الباغى المدنية :

عند أبى حنيفة وأحمد وفى قول للشافعى ، لا يسأل البغاة بعد زوال حالة البغى عن ضمان ما أتلفوه فى حالة الحرب من انفس وأموال مادام ما اتلفوه كان من مقتضيات القتال وما تبيحه أحكام الحرب فى الاسلام ، أما ما أتلف فى غير حالة الحرب فعلى البغاة ضمانه (١) ٠

وفى قول فى مذهب الشافعى أن البغاة يضمنون كل ما أتلفوه من انفس وأموال سواء فى حالة الحرب أو فى غير حالة الحرب لأنهم أتلفوه بعدوان ويستثنى من ذلك القصاص فى القتل لأنه يسقط بالشبهة فيلزم البغاة بالديات (٢) ٠

ويرى مالك عدم تضمين الباغى سواء أتلف نفوسا أم أموالا بشرط ان يكون الباغى متأولا وأن يكون الاتلاف حدث حال البغى واقتضته دواعى المغالبة (٣) ٠

---

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٤١٤ ٠
(٢) المهذب جـ ٢ ص ٢٢٠ ٠
(٣) شرح الزرقانى - جـ ٨ ص ٦٢ ٠

مسئولية من يعين البغاة
الاســـتعانة بالذميين

يرى أبو حنيفة أنه اذا استعان البغاة بأهل الذمة وقاتلوا معهـــم فلا يكون ذلك منهم نقضا للعهد ، كما أن هدا الفعل من أهل البغى ليس نقضا للايمان ، فالذين انضموا اليهم من أهل الذمة لم يخرجوا عن أن يكونوا ملتزمين حكم الاسلام فى المعاملات وأن يكونوا من أهل الــدار فيكون حكمهم حكم البغاة (١) .

وعند مالك ، اذا استعان البغاة المتأولون بذميين فحــكم الذميين حكم البغاة الدين أعانوهم من الناحيتين الجنائية والمدنية .

وفى مذهب الشافعى واحمد رايان الأول : أن اعــــانة الذميين للبغاة ينقض عهدهم ويصبحون كأهل الحــــرب ، والثانى : أن عهدهم لا ينقض لأن أهل الذمة لا يفرقون الحق من الباطل فيكون ذلك شـــبهة ويكون حكمهم فى هذه الحالة حكم أهل البغى فى القتال ، الا أن أصحاب هذا الرأى يرون مساءلة الذميين والزامهم بالضمان ان اتلفوا نفسا ومالا فى الحرب ، ومرد التفرقة بين البغاة والذميين أن البغاة لهم تأويل سائغ لاتأويل لهم ، ولأن فى تضمين أهل البغى تنفيرا عن الرجوع الى الطاعة ولا يخاف تنفير أهل الذمة لأن تأمينهم مشروط بالطاعة (٢) .

---

(١) فتح القدير جـ ٤ ص ٤١٥ .
(٢) المهذب جـ ٢ ص ٢٢٠ ، كشاف القناع جـ ٦ ص ١٦٦ .

الاستعانة بأهل الحرب

اذا استعان أهل البغى بأهل الحرب فإذا كانوا مستأمنين واعانوهم فان عهدهم يكون قد نقض وصاروا كأهل الحرب غير المستأمنين ، واذا كانوا غير مستأمنين واستعان أهل البغى بهم فى القتال وعقدوا لهم أمانا أو ذمة بشرط المعاونة بطل ذلك لأن من شروط الذمة والأمان الا يقاتلوا المسلمين فان عاون أهل الحرب البغاة فلأهل العدل أن يقاتلوهم ويعاملون وفق الأحكام التى تتبع فى قتال أهل الحرب ، اما أهل البغى فلا يجوز لهم قتلهم بعد ان أصدروا لهم الأمان (١) ٠

فى القانون الوضعى

تضمن قانون العقوبات المصرى فى الباب الثانى من الكتاب الثانى منه تحت عنوان الجنايات والجنح المضرة بالحكومة من جهة الداخل فى المواد ٨٧ وما بعدها بيان الجرائم والعقوبات التى تكفل الحفاظ على كيان الدولة وسلامتها وتحمى انظمتها وسلطاتها ، وهى ذات الأهداف التى فرض حد البغى لضمانها ، وتعاقب المواد ٨٧ و ٨٩ و ٩٩ من قانون العقوبات على الجرائم التى تقابل جريمة البغى ، فتنص المادة ٨٧ على أن يعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة كل من حاول بالقوة قلب أو

---

(١) المهذب ج ٢ ص ٢٢٠ وفتح القدير ج ٤ ص ٤١٦ ٠

تغيير دستور الدولة أو نظامها الجمهورى أو شكل الحكومة . فان وقعت الجريمة من عصابة مسلحة يعاقب بالاعدام من الف العصابة وكذلك من تولى زعامتها أو تولى فيها قيادة ما ، وتنص المادة ٨٩ على أن يعاقب بالاعدام كل من الف عصابة هاجمت طائفة من السكان أو قاومت بالسلاح رجال السلطة العامة فى تنفيذ القوانين وكذلك كل من تولى زعامة عصابة من هذا القبيل أو تولى فيها قيادة ما .

أما من انضم الى تلك العصابة ولم يشترك فى تاليفها ولم يتقلد فيها قيادة ما . فيعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة ، وتنص المادة ٩٩ على أن يعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة او المؤقتة كل من لجـا الى العنف والتهديد أو اية وسيلة اخرى غير مشروعة لحمل رئيس الجمهورية على أداء عمل من خصائصه قانونا او على الامتناع عنه وتكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة او السجن اذا وقع الفعل على وزير او على نائب وزير أو على احد اعضاء مجلس الأمة .

وطبقا لأحكام القانون الوضعى المتقدم ذكرها ، اذا قامت عصابة مسلحة وحاولت قلب أو تغيير دستور الدولة أو نظـامها الجمهورى أو شكل الحكومة او قاومت بالسلاح رجال السلطة العامة فى تنفيذ القوانين فأن الحكومة تواجهها بطبيعة الحال بقواتها وتقاتلها ، فاذا تم التغلب على العصاة فان الجناة يعاقبون بالعقوبات المنصوص عليهـا فى قانون العقوبات سالفة الذكر التى قد تصل الى الاعدام ، وتتوافر قبل الجناة المسئولية المدنية بجانب العقوبة الجنائية عن تلف الأموال والأنفس ، ودلك على خلاف أحكام الشريعة الاسلامية فى خصوص هذه الجريمة التى تقضى بوقف القتل بمجرد انتهاء القتال . وقد يعـاقب الجناة بعقوبة

تعــزيرية بعد انتهاء القتال لا على جــريمة البغى ، وانما لدواعى أمن الجماعة على ما سلف بيانه ٠

وأما مسئوليتهم المدنية عن ضمان ماأتلفوه فى حالة الحــــرب من أنفس وأموال طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية فقد بشأنها الخــلاف بين الفقهاء على نحو ما أسلفنا بيانه ٠

الكتاب الثالث

التعزير

التعـــزير

تكلمنا فى الكتاب الثانى من هذا الكتاب عن جـرائم الحـــدود ، ونتناول فى هذا الكتاب المبادىء العامة فى جرائم التعزير بايجاز .

التعزير ودليل مشروعيته (١) .

التعزير تاديب واصله من العزر بمعنى الردع :

ويعرفه الفقهاء عقوبة غير مقدرة تجب حقا لله تعالى او لآدمى فى كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة ، والتعزير كالحـــدود فى انه تاديب واصلاح وزجر .

ودليل مشروعية التعزير ما جاء فى القرآن الكريم فى قوله تعالى : (فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا) .

وهذه الاية تفرض ثلاث عقوبات تعزيرية على المراة التى لا تطيع روجها ، وهى الوعظ والهجر والضرب تاديبا وتهذيبا .

وروى عن رسول الله ﷺ أنه قال : « لا ترفع عصـــاك عن أهلك » وروى عنه أنه عليه الصلاة والسلام عزر رجلا قال لغيره يامخنث .وروى عنه أيضا أنه قال « رحم الله امرأ علق ســـوطه حيث يراه أهله » وقال:

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص٢١١ وما بعدها ـ كشاف القناع ـ ج ٦ ، ص١٢١ ومابعدها ـ الأحكام السلطانية ص٢٣٦ ومابعدها ـ رسالة التعزير ـ للدكتور عبد العزيز عامر .

علموا أولادكم الصلاة لسبع واضربوهم على تركها لعشر » وهذه النصوص تفرض عقوبتين تعزيريتين : الأولى : التهديد بالعقاب ، وهذا مايستفاد من تعليق السوط بحيث يرى والثانية : هى الضرب (١) ٠

فشرعية التعزير ثابتة بالكتاب والسنة ٠

طبيعة التعزير :

عند الحنفيـة :

التعزير عند الحنفية عقوبة مفوضة الى رأى الحاكم على الأرجح ، فله ان يختار نوع التعزير الذى يراه مناسبا ، وله ان يعـزر بالحبس أو بالضرب أو غير ذلك من العقوبات ، والقاضى يحـكم بالقدر الذى يراه كافيا لتحقق الغرض من العقوبة فى كل حالة تعرض عليه وفقا لظروفها فى نطاق الحدين الأعلى والأدنى ، فاذا اختار القاضى التعزير بالضرب ورأى أن الحد الأعلى للضرب غير رادع للجانى فليس له أن يزيد الضرب عن هذا الحد ، وانما له ان يضيف عقوبة أخرى كالحبس الى الضرب ٠

عند المالكية :

التعزير عندهم عقوبة غير مقدرة وتختلف بحسب جسـامة الفعل وحال المجرم ٠ والراجح عندهم أن القاضى مفوض من حيث النوعوالقدر معا أى أن القاضى مفوض فى اختيار نوع العقوبة الذى يراهمناسبا قدرا

---

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٢١٢ ٠
والتشريع الجنائى الاسلامى - للأستاذ عبد القادر عودة - جـ١ص١٤٦ ٠

ونوعا ، فيصل فى عقوبة الضرب الى الغـاية التى يراها كافية دون حد من الشارع مقدما وله كذلك ان يزيد عن الحول اذا عذر بالنفى .

عند الشافعية :

التعزير غير مقدر شرعا وهو مفوض لرأى الامام واجتهـــاده من حيث الجنس والقدر لاختلافه باختلاف الناس وظروفهم ، وعلى الحاكم أن يلتزم فى العقوبة حدا لا يتعداه ، فاذا اختار القاضى التعزير بالنفى فانه يجب الا تصل مدة النفى سنة وانما يجب أن تقل عن ذلك ولو بيوم واحد ، واذا كانت العقوبة الجلد فيجب أن تنقص الجلدات عن عشرين فى العبد وعن أربعين فى الحر .

عند الحنابلة :

التعزير عقوبة غير مقدرة ويختلف مقدارها طبقا لجسامة الجريمة وحال الجانى وهو مفوض للامام وليس للتعزير حد أدنى بل يكون بما يحقق الغرض من العقوبة وهو الايلام والزجر (١) .

وسلطة ولى الأمر فى وضعه عقوبات التعزير فى الشريعة الاسلامية ليست مطلقة وانما يجب ان تتوافر فى هذه العقوبات الشروط الاتية :

أولا : أن يكون الباعث عليها حمـــاية المصالح الاسـلامية المقررة لا حماية الأهواء والشهوات .

ثانيا : ان تكون العقوبات المقررة فعالة فى مواجهة الفعل ولايترتب عليها اهانة الكرامة الانسانية .

---

(١) رسالة التعزير . الدكتور عبد العزيز عامر ص ٣٩٣الى ٤٠٢

ثالثا : ان يكون هناك تناسب بين الجريمة والعقوبة لتكون العقوبة عادلة .

رابعا : ان تطبق العقوبة على ذوى المراكز القانونية المتساوية وفقا لمبدأ المساواة بين الأفراد (١) .

الافعال التى يعزر عنها :

الأصل فى التعزير أن يكون فى كل معصية لاحد فيها ولا كفارة .

ما هى المعصية :

اتفق الفقهاء على ان ترك الواجب وفعل المحرم معصية فيهـــا التعزير ، اذا ترك الانسان ما يجب عليه ان يفعله وارتكب ما هو محرم عليه ، فانه بذلك يكون قد ارتكب معصية تستوجب التعزير اذا لم تكـن هناك عقوبة مقدرة .

وقد قسم الفقهاء الحكم التكليفى الى خمسة اقســـام : واجب ومندوب وحرام ومباح ومكروه .

الواجب :

هو ما طلب فعله على وجه اللزوم بحيث يأثم تاركه كاداء الزكاة واداء الديون عند القدرة على ذلك . وأداء الأمانات والجهاد فى سبيل الله اذا دهم الأرض عدو ، والواجبات يأثم تاركها عند الله ويعـاقبه يوم الحساب ويعاقب ولى الأمر على ترك الواجبات التى تمس مصلحة عامة أو خاصة فى الدنيا .

الحـــرام :

هو ما طلب الشارع الاسلامى الكف عنه على وجه الحتم كقتل النفس وأكل أموال الناس بالباطل ، وأكل الميتة ولحم الخنزير .

---

(١) العقوبة - الشيخ محمد ابو زهرة ص ٨٤ ، ٨٥ .

المندوب :

هو ما طلب الشارع فعله طلبا غير لازم مثل صلاة الجماعة وصلاة العيد .

المكروه :

ما طلب الشارع المكلف عدم فعله بان كان منهيا عنه واقترن النهى بما يدل على أنه لم يقصد به التحريم كالبيع وقت النداء لصلاة الجمعة .

المباح :

ما خير الشارع المكلف فيه بين الفعل والترك ، كالأكل والشرب واللهو البرىء والبيع والشراء (١) .

وقد اختلف الفقهاء فى جواز التعزير فى ترك المندوب وفعل المكروه .

فذهب فريق الى أن التعزير غير جائز الا اذا كان هناك تكليف وهو غير موجود فى حالة الندب أو الكراهة .

وذهب فريق آخر الى جواز التعزير فى حالة ترك المندوب وفعل المكروه واستدلوا على ذلك بفعل عمر اذ عزر رجلا أضجع شاة لذبحها وأخذ يحد شفرته والشاة على هذا الوضع ، وهذا المكروه عزر عليه عمر

وقد اجاز الفقهاء التعزير فى غير معصية اذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ، ومثلوا لذلك بمن يكتسب باللهو المباح فقيل بتعزير الآخذ والدافع اذا اقتضت ذلك مصلحة .

---

(١) الجريمة . الشيخ محمد ابو زهرة ٢٠٥ الى ٢١٢ .

ويستدل الفقهاء على مشروعية التعزير فى غير معصية اذا اقتضته المصلحة العامة بتغريب عمر لنصر بن حجاج : « اذ بينما كان عمر رضى الله عنه يتفقد أحوال الرعية سمع امرأة تقول : هل من سبيل الى خمر فاشربها أم من سبيل الى نصر بن حجاج » فدعاه عمر فوجده شابا جميل الصورة فنفاه الى البصرة خشية ان يفتتن به النساء . بالرغم أنه لم ينسب اليه ارتكاب أى فعل محرم لأنه رأى أن وجوده بالبلد الذى يقيم فيه يضر بصالح الجماعة .

وقد لا يعزر الشخص مع ارتكابه المعصية كمن يقطع أطراف نفسه أو من يشرع فى الانتحار ، وان كان من الجائز تعزيره صيانة للنفس البشرية (١) .

وعلى ذلك يعاقب بالتعزير فى نوعين من الجرائم :

١ - الجرائم المعاقب عليها بالحد والقصاص ان تخلف ركن من أركانها ، كالسرقة التى تتم من غير حرز أو التى تقل فيها قيمة المسروق عن النصاب أو فى الوطء الذى يتم دون الفرج أو الرمى بغير الزنا أو نفى النسب أو امتنع الحد اما لشبهة تدرأ الحد كوطء الزوجة فى دبرها أو سرقة المال المشترك ، واما لسبب يخص الجانى كسرقة الفروع من الأصول .

٢ - جرائم أخرى ليست لها صلة بجرائم العقوبات المقدرة ، كترك

---

(١) رسالة التعزير - للدكتور عبد العزيز عامر - ص ٦٧و٦٨و٦٩

الصلاة والغش فى الكيل والادعاء الباطل وأكل ما لا يحل أكله كالميتة ولحم الخنزير وغش الأطعمة والأشربة والرشوة وشهادة الزور والتجسس ولعب الميسر ودخول المساكن بغير حق وأكل الربا والسب .

اجتماع التعزير مع غيره من العقوبات المقدرة :

الأصل أن التعزير شرع فى كل معصية ليست فيها عقوبه مقدرة ، ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يجتمع التعزير مع العقوبة المقدرة اذا كانت هناك مصلحة وقد أجاز الأئمة ذلك .

فالحنفية لا يرون أن تغريب غير المحصن الزانى حدا ولـــكنهم يجيزون اضافة التغريب تعزيرا الى الحد وهو الجلد مائة جلدة .

وروى عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بتبكيت شارب الخمر بعد ضرب الحد وهذا التبكيت هو تعزير .

ويرى المالكية جواز التعزير مـع الجارح عمدا فيقتص منه ويعزر. وحجتهم فى ذلك أن القصاص جعل مقابلا للجريمة وهو حق المجنى عليه وأن التعزير للتاديب وهو حق الجماعة .

ويجيز الشافعى وأحمد تعليق يد السارق فى عنقه بعد القطع زيادة فى نـــكاله .

اجتماع التعزير مع الـكفارة :

الكفارة فى الأصل نوع من العبادة فاذا فرضت فيما ليس فيه معصية

كانت عبادة خالصة مثل الاطعام بدل الصوم لمن لا يطيقه ، واذا فرضت على معصية فقيل انها عقوبة خالصة كالكفارة فى القتل الخطأ والظهار. وقد قال كثير من الفقهاء بجواز أن يجتمع التعزير مع الكفارة ، فقيل انه يجوز الجمع بين الكفارة والتعزير اذا كان فى ذلك مصلحة استثناء من الأصل المقرر كالجماع فى الاحرام أو فى نهار رمضان فيضاف الى الكفارة عقوبة تعزيرية ، مع أن الأصل وفقا لقول كثير من الفقهاء أن التعزير عقوبة لمعصية لاحد فيها ولا كفارة (١) .

التعزير حق الله وحق العبد :

يقسم الفقهاء التعزير الى : تعزيرات لحقوق الله تعالى . وتعزيرات لحقوق الأفراد .

والمراد بحق الله تعالى هو ما تعلق به نفع العامة وما يندفع به ضرر عام للناس . والمراد بحق الفرد هو ما تعلقت به مصلحة خاصة لأحد الأفراد .

وقد يكون التعزير حقا خالصا لله تعالى . كتعزير تارك الصلاة أو تارك الزكاة ، أو المفطر فى شهر رمضان عامدا دون عذر ومن يقتنى الخمر ويتجر فيها وان لم يشربها ، ومن يروج البدع ويدعو الى التشكيك فى الحقائق الاسلامية .

---

(١) رسالة التعزير - للدكتور عبد العزيز عامر ص ٩٣ .

فالجريمة فى هذه الحالة غير موجهة الى شخص معين .

وقد يكون التعزير للاعتداء على حق الله تعالى وحق الفرد ، كالتعزير لتقبيل زوجة آخر وعناقها (١) .

وهناك تعزير للاعتداء على حق من حقوق الأفراد كالمماطلة فى أداء الدين والاتهام الباطل .

وقد يكون التعزير حقا لله وللأفراد ، ولكن يغلب فيه حق الأفراد كالسب والشتم ، فان ذلك ينطوى على اعتداء على اعتبار الشخص وكرامته واعتداء على حق الله لأن الكف عن أذى الغير يعتبر من حقوق الله .

العقوبات التعزيرية :

العقوبة التعزيرية متنوعة : منها العقوبات التى تصيب البدن كالاعدام والجلد ، ومنها العقوبات المقيدة للحرية كالحبس والنفى ، ومنها العقوبات المالية كالغرامة والمصادرة ، وقد تكون العقوبة التعزيرية الاعلام أو الاحضار لمجلس القضاء ، أو الوعظ أو التوبيخ أو العزل من الوظيفة أو الهجر .

ونتناول فى ايجاز اهم هذه العقوبات وهى القتل والجلد والحبس والعقوبات المالية .

---

(١) التعزير - للدكتور عبد العزيز عامر ص ٤ - العقوبة للشيخ محمد أبو زهرة ص ٨٨ ، ٨٩ .

القتـــل :

عقوبة الاعدام مقررة فى الشريعة الاسلامية على سبيل القصاص لجريمة القتل العمد ، وعلى سبيل الحد فى المحاربة ، وفى جريمة الزنا للمحصن وفى جريمة الردة وفى جريمة البغى على خلاف فى ذلك ٠

وعند الحنفية يجوز توقيع هذه العقوبة تعزيرا فى حالة التجسس والقتل بالمثقل (الحجر الكبير أو الخشبة الثقيلة) والقتـــل بالخنـــق واللواطة عند أبى حنيفة لمن اعتاد ارتكاب هذه الجريمة اذا كان فساده لا يندفع الا بالقتل والدعوة الى البدعة فى الدين المفرقة للجماعة وكذلك قتل السارق سياسة اذا تكرر منه فعل السرقة (١) ٠

وعند المالكية : يجوز القتل تعزيرا للجاسوس المسلم يتجسس للعدو على المسلمين والداعية الى البدعة ٠

وعند الشافعية : يجوز قتل الداعية الى البدع المخـــالفة للكتاب والسنة ويرى بعض الشافعية عقوبة القتل فى اللواط للاثنين دون تفرقة بين محصن وغير محصن ٠

وعند الحنابلة : يجوز قتل الجاسوس المسلم اذا تجسس للعدو على المسلمين ٠ وأجاز بعضهم قتل الداعية الى البدع فى الدين ، وكذلك من لم يندفع فساده إلا بالقتل ، ومن هؤلاء من تكرر منه جنس الفســـاد ولم يرتدع بالحدود المقدرة ٠

---

(١) تراجع الحالات التى أجاز فيها الفقهاء التعزير بالقتل (والقتل سياسة) فى حاشية رد المختار الطبعة الثانية ٠ مطبعة الحلبى سنة ٦٦ ج ٤ ص ٦٢ ، ٦٣ ٠

وحجة من أجاز القتل تعزيرا أن حديث « لايحل دم امرىء مسلم الا باحدى ثلاث : النفس بالنفس ، والثيب الزانى ، والمفارق لدينه التارك للجماعة » تقوم بجانبه أحاديث كثيرة نص فيها على القتل فى غير الحالات الثلاث التى وردت فى الحديث منها حديث « من خرج وأمر الناس جمع يريد تفرقهم فاقتلوه » وحديث « من أتى بهيمة فاقتلوه » وحديث « من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوه » ، وأن القرآن الكريم ذكر عقوبة القتل فى آية المحاربة لمجرد السعى فى الأرض بالفساد ويستوى عند كثير من الفقهاء فى حكم الآية أن يكون الجانى قد باشر قتلا أو أخاف الطريق فحسب ، إذ الامام مخير فيما ورد من أنواع العقوبات المنصوص عليها فيها على ما سبق تفصيله عند التكلم فى حد الحرابة ، لذلك فان حديث « لا يحل دم امرىء » لا يدل على عدم جواز القتل تعزيرا ولا يحول دون فرض هذه العقوبة تعزيرا في الحالات التى يتطلب الصالح العام أو أمن الجماعة تقريرها (١) ٠

وعقوبة القتل (الاعدام) مقررة فى معظم الدول المتحضرة وقد أخذ بها قانون العقوبات المصرى فى بعض جرائم القتل (المواد ٢٣٠ و ٢٣٣ و ٢٣٥) ٠ وبعض الجرائم المخلة بأمن الحكومة من الداخل والخارج (المواد ١٧٧ا و ب و ج و ١٧٨ا وبوج) و ٨٠و٨٢(ب) و ٨٣ (ا) و ٨٩ و ٩١ و ٩٣ (٢) و ١٠٢ (ب) ٠

وقد ثبتت فعالية هذه العقوبة فى استئصال المجرمين الخطرين ،

---

(١) التعزير – للدكتور عبد العزيز عامر ٢٥٥ وما بعدها ٠

ولذلك باءت فكرة الغاء هذه العقوبة فى معظم الدول المتحضرة بالفشل فان هذه العقوبة بعد أن ألغيت فى بعض الدول كايطاليـا ورومانيـــا والبرتغال أعيدت الى التطبيق . وفى سنة ١٩٥٥ رفض مجلس العموم البريطانى اقتراحا بالغاء عقوبة الاعدام على سبيل التجربة ، أمـا فى الولايات المتحدة الأمريكية فان المحكمة الدستورية العليا أصدرت قـرارا فى ٢٩ من يونيه سنة ١٩٧٢ باغلبية خمسه أصوات ضد أربعة باعتبـار عقوبة الاعدام غير دستورية .

الجلـــد :

الجلد مشروع فى بعض جرائم الحدود على ما تقدم ذكره وثابت أيضا فى التعزير بقوله تعالى : (فعظوهن واهجروهن فى المضـــاجع واضربوهن) وثابت أيضا بالسـنة على ما سـلف بيانه عند التـكلم فى مشروعية التعزير .

الحد الأعلى للجلـــد :

عند الحنفية :

لا خلاف فى المذهب الحنفى أن التعزير بالجلد يجب الا يبلغ الحد لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين » وقد صرف أبو يوسف الحد المذكور فى الحديث على الأحرار وهو ثمانون جلدة لأن حد الرقيق بعض الحد وليس بحـد كامل ، ولأن الاحرار هم المقصودون بالقياس وينقص منه ســوط وفى رواية ينقص منه خمسة وذلك استنادا الى فعل على رضى الله عنه .

أما أبو حنيفة فصرف الحديث الى حد الرقيق وهو اربعون حد كامل فى الرقيق فلا يزيد على ٣٩ سوطا . ويستند أبو حنيفة فى ذلك الى أن الحديث ذكر حدا منكرا فيتناول حدا ما . واربعون حد كامل فى الرقيق عند الحنفية فى القذف والشرب فبنصرف اليه ويحمل عليه اخذا بالأحوط (١) .

عند الشافعية :

اذا كانت العقوبة فى التعزير الجلد فيجب أن تنقص عن اقل حد مقرر فى جرائم الحدود ، فتنقص فى العبد عن عشرين جلدة ، وفى الحر عن أربعين جلدة ، لأن حد العبد فى شرب الخمر عندهم عشرون ، وفى الأحرار أربعون .

وذهب بعض أصحاب الشافعى الى انه لا يزاد فى التعزير بالجلد عن عشرة أسواط ، استنادا الى حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يجلد فوق عشرة أسواط الا فى حد من حدود الله (٢) .

عند الحنابلة :

وروى عن احمد انه لا يزاد على عشرة أسواط فى التعزير استنادا الى ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يجلد فوق عشرة أسواط الا فى حد من حدود الله » .

---

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٢١٤ ر ٢١٥ .
(٢) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٢١٥ .

وقال بعض الثقات : بأن هذا الحديث منسوخ بدليل عمل الصحابة بخلافه من غير انكار من أحد وأن عمر كتب الى أبى موسى رضى الله عنهما أن لا تبلغ بنكال أكثر من عشرين سوطا ويروى ثلاثين الى الاربعين (١) ٠

عند المالكية :

يرى مالك أنه يجوز أن يزيد التعزير بالجلد عن الحد الأقصى لهذه العقوبة فى جرائم الحدود اذا رأى الامام فى المصلحة غير المشوبة بالهوى

وقد استند مالك فى ذلك الى فعل عمر رضى الله عنه ، لما روى أن معن ابن زائدة زور خاتم بيت المال وحصل على مال من بيت المال باستعمال هذا الخاتم المزور فبلغ عمر ذلك فضربه مائة جلدة وحبسه فشفع فيه قوم فضربه مائة أخرى ثم ضربه مائة ونفاه (٢) ٠

الحد الأدنى للجلد :

ذهب غالبية فقهاء الحنفية الى أن أدنى التعزير بالجلد هو مايراه الامام بقدر ما يعلم أنه يكفى الزجر لأن التعزير يختلف باختلاف الناس وللقاضى توقيع العقوبة من سوط واحد الى تسعة وثلاثين ٠

وذهب القدورى أن أقل الضرب فى التعزير ثلاث جلدات لأن مادون ذلك لا يقع به الزجر ، ومقتضى قول القدورى أنه اذا وجب التعزير بنوع

---

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٢١٥ ٠
(٢) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٢١٥ ٠

الضرب فرأى الامام أن الجانى ينزجر بسوط واحد يكمل له ثلاثة لأنه حيث وجب التعزير بالضرب فاقل ما يلزم اقله اذ ليس وراء الأقل شىء واقله ثلاثة . ولو رأى أنه انما ينزجر بعشرين كانت العشرون اقل مايجب تعزيره به ، فلا يجوز نقصه عنه ولو رأى أنه لا ينزجر باقل من تسعة وثلاثين كان له ذلك على الا يزيد الجلد عن هذا المقدار ، ويبدل فى هذه الحالة نوعا آخر من أنواع العقوبات فيضم الى الضرب أى عقوبة يراها ممثلا أن يحكم بالحبس مع الضرب (١) .

ويرى الحنابلة أن الحد الأدنى للجلد ليس مقدرا ولو قدر لكان حدا

وقد اعترض على هذه العقوبة بمقولة أنها تهدر انسانية الفرد فى عالم متحضر . وهذا الاعتراض يقوم بالنسبة لمعظم العقوبات التى فرضت لحماية المجتمع ، فهو يقوم بالنسبة للعقوبات المقيدة للحرية التى تنصب على حرية الانسان وهى أقدس مقوماته ، ويقوم كذلك بالنسبة لعقوبة الاعدام التى تهدر حياة الانسان ، وهى عقوبات مطلقة فى معظم الدول المتحضرة لكفالة أمن الجماعة ، بيد أن لهذه العقوبة مميزات تخلص هى فعاليتها فى الردع ، وان تطبيقها لا يثقل كاهل الدولة ، وتلحق المحكوم عليه دون أن يمتد أثرها الى من يعولهم فهى تنفذ فى الحال ولا تقتضى تقييد حرية الجانى فترة تمنعه من كسب عمله ، وتحميه من مضار الحبس وما يترتب عليه من افساد الأخلاق والاعتياد على التعطل والنفور من العمل .

وفى مصر نصت لائحة السجون على الجلد كعقوبة تاديبية على

---

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٢١٥ .

المسجونين فى حالة مخالفة النظام وسوء السلوك ، كما نص قانون الاحكام العسكرية على تطبيقها على العساكر بالنسبة لبعض الذنوب - ونادى البعض على تطبيقها على المتجرين بالمخدرات بجانب العقوبات الأخرى (١) ٠

الحبس :

التعزير قد يكون بالحبس ، وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع

أما الكتاب ففى قوله تعالى : (أو ينفوا من الأرض) فقيل ان المقصود بالنفى فى آية المحاربة الحبس ٠

وأما السنة فان النبى صلى الله عليه وسلم حبس رجلا فى تهمة ٠ وقد انعقد الاجماع على أن الحبس يصلح عقوبة تعزيرية ٠

وقد أجاز الفقهاء توقيعه كعقوبة تعزيرية منفردا أو يضاف الى عقوبة تعزيرية أخرى كالضرب مثلا اذا كان الضرب بحده الأقصى المقرر فى جرائم التعزير لا يكفى للزجر (٢) ٠

والحبس كعقوبة تعزيرية قد يكون محدد المدة أو غير محدد المدة ٠

والأصل أن الحد الأعلى فى الحبس محدد المدة يختلف باختلاف المجرم واختلاف الجريمة ، وقد ذهب بعض الشافعية الى أنه يجب الا يجاوز الحد الأقصى للحبس محدد المدة سنة قياسا على التغريب ، لأن التغريب فى حد الزنا سنة ، وذلك حتى لا يعاقب بعقوبة الحد فى غير

---

(١) التعزير - الدكتور عبد العزيز عامر ص ٢٩٩ - التشريع الجنائى الاسلامى - الاستاذ عبد القادر عودة جـ ١ ص ٦٩١ ٠

(٢) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٢١٦ ٠

حد وهو ما نهى عنه رسول الله ﷺ فى حـديث : « من بلغ حـدا فى غير حد فهو من المعتدين » ولكن هذا الراى لم يجمع عليـه الشافعية أنفسـهم ٠

وأما الحد الأدنى للحبس محدد المدة فقد ذهب البعض الى أن أقل التعزير ليس مقدرا لأنه لو قدر لكان حدا ، فيرجع الى اجتهاد الامام فيما يراه ، بينما ذهب البعض الى أن أقل الحبس فى التعزير يوم واحد لأن اليوم أقل مدة للحبس تكفى للزجر (١) ٠

وأما الحبس غير محدد المدة ، فليست له مدة معينة ولاحد أعلى مقدر مقدما ، ولا يقدر مقدما فى الحكم الصادر به ، وانما تحدد مـدة الحبس بعد ذلك بتوبة المحكوم عليه أو موته ٠

ومن أمثلة الحبس حتى التوبة حبس الصبى العـاقل المرتد عن الاسلام فعند أبى حنيفة ومحمد تعتبر ردته ٠ ولكنها لا تقبل ويجبر على الاسلام ويحبس حتى تظهر توبته ويخلى سبيله اذا أسلم ٠

ومن يسرق للمرة الثالثة عند أبى حنيفة لا يقطع عنده ولكنه يعزر ويحبس حتى يتوب أو يموت ٠

ومن أمثلة الحبس حتى الموت التى قال بها الفقهاء ٠ حكم النبى صلى الله عليه وسلم على من أمسك رجلا لاخر حتى قتله بالحبس حتى الممـات ٠

---

(١) التعزير فى الشريعة الاسلامية ، الدكتور عبد العزيز عامـر ص ٣١٠ و ٣١١ ٠

ومن أوثق آخر والقاه أمام حيوان مفترس فاهلكه (١) .

والحبس غير محدد المدة الذى أخذت به الشريعة الاسلامية ، تنص عليه تشريعات بعض الدول فى الوقت الراهن ، وذلك تحقيقا للرغبة فى اصلاح الجانى وتقويمه حيث يتعذر فى بعض الأحـوال معرفة المدة التى تلزم لاصلاح المحكوم عليه مسبقا ، ومن ثم ظهرت فـكرة العقوبة غير محددة المدة . ووفق على هذا النظام من حيث المبدأ فى مؤتمر واشنطن الدى عقد سنة ١٩١٠ ومؤتمر لندن الذى عقد فى سنة ١٩٢٥ وأخذ به فى بعض القوانين بدرجات متفاوتة ، وقد أخذ به المشرع المصرى فى القانون رقم ٥ لسنة ١٩٠٨، بشأن المجرمين المعتادين على الاجرام وان كان هـذا القانون قد الغى بالقانون رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٦ (٢) .

العقوبات المـالية :

اختلف فقهاء الشريعة فى مشروعية التعزير باخذ المال ، فمنهم من يراه مشروعا ومنهم من يراه غير مشروع ، والأصل فى مذهب الحنفية أن التعزير باخذ المال غير جائز ولكن روى عن أبى يوسف انه يجيـز التعزير باخذ المال .

ومعنى التعزير باخذ المال عند من اجازه من مذهب الحنفيـة امساك شىء من مال الجانى عنه مدة زجرا له ، ثم يعيده الحاكم اليـه

---

(١) التعزير فى الشريعة الاسلامية ـ الدكتور عبد العزيز عامـر ص ٢١٢ و ٢١٣ .

(٢) التعزير فى الشريعة الاسلامية ـ الدكتور عبد العزيز عامر ص ٢٩٥ ـ والتشريع الجنائى الاسلامى ـ للأستاذ عبد القادر عودة ج ١ ص ٦٩٧ و ٦٩٨ و ٦٩٩ .

لا أن ياخذه لنفسه أو لبيت المال ، اذ لا يجوز اخذ مال انسان بغير سبب شرعى اما اذا صار الجانى ميؤسا من توبته فان للحاكم ان يصرف هذا المال فيما يرى فيه مصلحة (١) .

وفى مذهب أحمد والشافعى والمشهور فى مذهب مالك يعزر بأخذ المال فى جرائم معينة .

وقال فريق من الفقهاء بأن التعزير بالعقوبات المالية كان مشروعا فى ابتداء الاسلام ثم نسخ بعد ذلك ، وعللوا النسخ بأن تقرير هذا النوع من العقوبات يبيح للحاكم الظالم اخذ أموال الناس بدون حق وقد رد على ذلك بأن النبى صلى الله عليه وسلم ومن بعده عمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب رضى الله عنهما طبقوا هذه العقوبات فقد أباح رسول الله صلى الله عليه وسلم سلب من يصطاد فى حرم المدينة الذى يجده وأمر بكسر دنان الخمر ، وأمر عمر وعلى بتحريق المكان الذى يباع فيه الخمر ، واخذ جزء من مال مانع الزكاة ، فدل ذلك على ان العقوبات المالية لم تنسخ

هذا وقوانين العقوبات الحديثة فى الدول المتحضرة تنص على عقوبات مالية تصيب المجرم فى ثروته ومنها الغرامة والمصادرة .

وفى قانون العقوبات المصرى قد تكون الغرامة عقوبة أصلية فتوقع كجزاء أصيل مقرر للجريمة كما فى الجنح والمخالفات ، وقد يترك للقاضى الاختيار بينها وبين الحبس أو الجمع بينهما أو الحكم باحداهما فقط وقد تكون الغرامة تكميلية كما فى جريمة الرشوة (المادة ١٠٨ مكرر

---

(١) حاشية رد المختار - الطبعة الثالثة ١٩٦٦ - مطبعة الحلبى ج ٤ ص ٦١ .

عقوبات) واختلاس الأموال الأميرية (المادة ١١٨ عقوبات) وتأخذ الغرامة فى هذه الحالات صورة الغرامة النسبية ٠

والمصادرة فى قانون العقوبات المصرى عقوبة تنقل لجانب الحكومة الأشياء التى تحصلت من الجريمة أو التى استعملت او شانها ان تستعمل فيها وهى نوعان جوازية ووجوبية وتكون وجوبية اذا كانت الأشياء المذكورة من التى يعد صنعها أو استعمالها او حيازتها أو بيعها أو عرضها للبيع جريمة فى ذاته ولو لم تكن ذلك الاشياء ملكا للمتهم (المادة ٣٠ من قانون العقوبات) ٠

من يقيم التعزير :

التعزير الواجب حقا لله تعالى يقيمه كل مسلم حال مباشرة المعصية لأنه من باب إزالة المنكر واجبار الجانى على الكف عن المعصية فاذا انتهى الجانى من ارتكاب المعصية كان تعزيره بيد ولى الأمر أو من ينيبهم من القضاة لأن العقوبة شرعت لحماية الجماعة فيترك استيفاؤها لنائب الجماعة ، الذى يعهد اليه التحقق من موجبها ٠

وقال الفقهاء بتخويل الزوج تعزير زوجته ولو كانت صغيرة فى أمور منها تركها الزينة الشرعية مع قدرتها عليها وتركها غسل الجنابة وخروجها من المنزل بغير اذنه . وترك الاجابة الى الفراش لو كانت طاهرة من نحو حيض ، ويلحق بذلك ما لو ضربت ولدها الصغير عند بكائه أو شتمته او ادعت عليه او مزقت ثيابه او كلمته ليسمعها أجنبى أو كشفت وجهها لغير محرم أو اعطت ما لم تجر العادة به بلا اذنه : كما

أن للأب أن يعزر الابن فله اكراه طفله على تعلم القرآن (١) .

الضمان :

عند الحنفية ومالك واحمد ، من حده الامام أو عزره فمات فدمه هدر ، لأن الامام مأمور بالحد والتعزير ولا يتقيد ذلك بشرط السـلامة

وعند الشافعى تجب الدية فى بيت المال لأن ما يقوم به الامام يعم نفعه على المسلمين فيكون الغرم الذى يترتب على ذلك عليهم ويلتزم بيت المـال (٢)

وأما الزوج فيضمن هلاك زوجته اذا عزرها لأن تاديبه مباح فيتقيد بشرط السلامة ، واذا ادعت على زوجها ضربا فاحشا وثبت ذلك عليه عزر لأنه ليس له أن يضربها فى التاديب ضربا فاحشا وهو الذى يكسر العظام أو يحرق الجلد أو يسوده (٣) .

وقال مالك وأحمد لا يضمن الزوج ولا المعلم فى التعزير ، ولا الأب فى التاديب ، ولا الجد ولا الوصى لو بضرب معتاد والا ضمنه باجماع الفقهاء (٤) .

---

(١) حاشية رد المختار الطبعة الثانية ١٩٦٦ مطبعة الحلبى - ج٤ ص ٧٧ و ٧٨ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٧ وحاشية رد المختار الطبعـة الثانية ج ٤ ص ٧٩ .

(٣) حاشية رد المختار الطبعة الثانبة - ١٩٦٦ مطبعة الحلبى - ج ٤ ص ٧٩ .

(٤) حاشية رد المختار ، الطبعة الثانية ، مطبعة الحلبى سـنة ١٩٦٦ ج ٤ ص ٧٩ .

وورد فى رد المختار أن الضمان فى ضرب التأديب لا فى ضـــرب التعليم ، لأنه واجب مالم يكن ضربا غير معتاد فانه موجب للضـــمان مطلقا (١) .

الاثبات فى التعزير :

تثبت الجريمة المعاقب عليها بالتعزير :

أولا : باقرار المتهم على نفسه ، ويكفى فى التعزير الاقرار مـــرة واحـــدة .

ثانيا : بالشهادة ، فتثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، وتقبل فيه الشهادة على الشهادة وكتاب القاضى الى القاضى . كما تثبت بشهادة المدعى مع آخر وبشهادة عدل اذا كان فى حقوق الله تعالى لانه من باب الاخبـــــار (٢) .

ثالثا : باليمين ـ بمعنى اذا أنكر المتهم يحلف ويقضى بالنكول (٣) .

سقوط العقوبة التعزيرية :

تسقط العقوبة التعزيرية بالأسباب الآتية :

أولا : موت الجانى .

ثانيا : العفو عن الجانى .

ثالثا : توبة الجانى .

رابعا : مضى المدة .

ونتكلم فى كل سبب من هذه الاسباب بإيجاز .

---

(١) حاشية رد المختار ـ الطبعة الثانية ـ مطبعة الحلبى سنة ٦٦ جـ ٤ ص ٦٨ .

(٢) حاشية رد المختار ـ الطبعة الثانية ـ مطبعة الحلبى سنة ٦٦ جـ ٤ ص ٦٨ .

(٣) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٢١٣ .

أولا : مـوت الجانى :

اذا كانت العقوبة التعزيرية متعلقة بذات الجانى وبشخصه كالجلد والحبس والتوبيخ فانها تسقط بموت الجانى لهلاك الشخص الذى تنفذ فيه العقوبة . أما اذا كانت العقوبة لا تتعلق بشخص الجانى وانما تنصب على ماله كالغرامة والمصادرة ، فان موت الجانى لا يسقطها لامـــــكان التنفيذ بهذه العقوبات على مال الجانى بعد وفاته .

ثانيا : العفو عن الجانى :

الأصل فى مشروعية العفو فى التعزير حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم « أقيلوا ذوى الهيئات عثراتهم » وفسرهم الشافعى بأنهم الذين لايعرفون بالشر فيزل أحدهم الزلة فيترك.وقيل هم أصحاب الصغائر دون الكبائر ، وقيل الذين اذا وقع منهم الذنب تابوا،كما يدل على مشروعيته أن رجلا جاء الى النبى صلى الله عليه وسلم وقال : انى لقيت امرأة فاصبت منها دون أن أطاها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أصليت معنا » قال : نعم ، فتلى عليه قوله تعالى : (ان الحسنات يذهبن السيئات) (١)

فاذا رأى ولى الأمر المصلحة فى العفو عن التعزير كان له العفو ،

---

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٢١٢ ـ حاشية رد المختار ـ الطبعة الثانية ١٩٦٦ مطبعة الحلبى ـ جـ ٤ ص ٨١ .

وان راى أن المصلحة تقتضى توقيع العقوبة التعزيرية كان له ذلك ، الا الشافعى فان التعزير حق للامام وليس بواجب .

واذا كان التعزير يتعلق بحق الله تعالى . فقد ذهب بعض الفقهاء الى أن العفو لا يجوز فى هذه الحالة كما فى تارك الصلاة ، وقال البعض ان العفو يجوز فى أهل الستر والعفاف ، إما اذا كان الجانى مصرا على الفساد فلا يجوز العفو عنه ، بينما راى البعض انه يكتفى بقيد المصلحة فاذا رأى ولى الأمر المصلحة فى العفو كان له ذلك (١) .

أما اذا كان التعزير لحق آدمى فقد قيل : ان لولى الأمر العفو عنه ولو طلبه صاحب الحق فيه كما هو الشان فى التعزير لحق الله تعالى ، وقيل لا يجوز العفو عند طلبه كالقصاص وهذا هو الرأى الراجح .

واذا عفا الفرد عما يمس شخصه فان العفو الصادر منه يجوز الا أن هذا العفو لا يسقط حق ولى الأمر فى تعزير الجانى فيما يتعلق بحـــق الجماعة . ويترخص ولى الأمر فى العفو أو اقامة التعزير حسبما يراه محققا للمصلحة العامة (٢) .

ثالثا : التوبة :

اتفق الفقهاء على أن المحاربين يسقط عنهم حد الحرابة اذا تابوا لوجود النص وهو قوله تعالى : (الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم فاعلموا ان الله غفور رحيم) .

---

(١) رسالة التعزير ـ الدكتور عبد العزيز عامر ـ ص ٤٣٢ ، ٤٣٣
(٢) رسالة التعزير ـ الدكتور عبد العزيز عامر ـ ص ٤٣٣ ، ٤٣٤

ولكن ثار الخلاف فيما عدا ذلك من جرائم ومنها جرائم التعزير .

فذهب الحنفية والمالكية وبعض فقهاء الشافعية والحنابلة أن سائر الحدود عدا المحاربة لا تسقط بالتوبة وتأخذ حكمها جرائم التعزير ، وحجتهم فى ذلك أن العقوبة عامة فتشمل من تاب ومن لم يتب ، فاسقاط العقوبة عن التائب تخصيص النصوص بغير مخصص ، وأن النبى صلى الله عليه وسلم أقام الحد على الذين جاءوا لتطهير انفسهم فقد حد ماعزا والغامدية ، وقد جاءا تائبين وأن العقوبة كفارة للذنب فى الدنيا وان الكفارات تجب مع التوبة وانه لا وجه لقياس الجرائم على جريمة الحرابة لما لهذه الجريمة من خطورة بالغة على المجتمع فكان جزاء التوبة فيها قبل القدرة على المحارب سقوط عقوبته لتشجيعه على انهاء العصيان والكف عن الاستمرار فى جريمته .

وذهب فريق من الفقهاء منهم بعض الشافعية والحنابلة أن التوبة تسقط العقوبة قياسا على حد المحاربة الذى يسقط بالتوبة قبل القدرة على المحارب وحجتهم فى ذلك أن الله تعالى رتب على التوبة دفع عقوبة الزنا التى نص عليها الله تعالى فى قوله : (واللذان ياتيانها منكم فآذوهما فان تابا وأصلحا فاعرضوا عنهما ، ان الله كان توابا رحيما) كما ذكر التوبة بعد ذكر حد السرقة بقوله تعالى : (فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فان الله يتوب عليه ، ان الله غفور رحيم) وقد جاء هذا النص مخصصا لعموم الأمر بالقطع فى قوله تعالى : (فاقطعوا ايديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله) ، وأن التوبة ان جازت فى المحاربة وهى اشد الجرائم خطرا على المجتمع ، فانها تجوز من باب أولى فيما دونها من الجرائم وأن التوبة تجب ما قبلها سواء فى ذلك العقوبات الدنيوية أو العقوبة الأخروية فقد قال صلى الله عليه وسلم «التائب من الذنب كمن لا ذنب له».

ويشترط هؤلاء لكى تسقط العقوبة بالتوبة أن تكون من الجـــرائم التى تمس حق الله تعالى كالزنا والشرب فى الحدود والجرائم التى تعتبر اعتداء على حقوق الله فى التعزير ٠ أما فى الجرائم الأخرى التى تمس حقوق الأفراد كالقتل فى القصاص والضرب والشـتم فى التعزير فـــان التوبة لا تسقط العقوبة لأنها متعلقة بحقوق الأفراد فلا تسقطها التوبة الا أن يعفو المجنى عليه (١) ٠

التقادم فى التعزير :

ذهب بعض الفقهاء الى عدم جواز سقوط التعزير بالتقادم ســواء منه ما يجب حقا لله تعالى أو مايجب حقا للأفراد ، وهذا القول يخالف منهج الشارع الاسلامى فى العفو ٠ ذلك أن تخويل الشارع الاسلامى حق العفو فى التعزير على ما سلف بيانه يقتضى تخويله اســقاط الجريمــة واسقاط العقوبة فى التعزير بالتقادم اذا اقتضت المصلحة ذلك دون مساس بالحقوق الشخصية للأفراد ، وبناء على ذلك يجوز لولى الأمر أن يضع فى التعزير حدا للتقادم وله أن يجعل المدة التى يقررها متناسبة مع نــوع الجريمة ومع العقوبة ٠

---

(١) العقوبة ـ الشيخ محمد أبو زهرة ص ٢٦٤ ـ ٢٧٦ ـ التعزير الدكتور عبد العزيز عامر ص ٤٣٦ ـ ٤٤١ ٠

أوجه الخلاف بين الحد والقصاص والتعزير

بعد أن تكلمنا فى الحدود وأوردنا المبادىء العـامة فى التعزير ، يتضح أن هناك أوجه خلاف بين الحد والقصاص والتعزير نوردها فيما يلى :

أولا : حددت الشريعة الاسلامية جرائم الحدود والقصاص والعقوبات المقررة لها فى كل هذه الجرائم وجعلتها ذات حد واحد يوقع القاضى العقوبة المقررة لها اذا ما ثبتت الجريمة دون نظر الى ظروف الجانى او ظروف الجريمة ، وليس له أن ينقص منها او يستبدل بها عقوبة اخرى .

وهناك فارق بين القصاص والحد ، فالقاضى يكون ملزما بعـــدم الحكم بالقصاص اذا عفا المجنى عليه أو صاحب الحق ، ولكن له أن يوقع على الجانى عقوبة تعزيرية مناسبة . وأساس هذا الفارق أن الحـدود واجبة لله تعالى وأن القصاص واجب حقا للأفراد .

وأما فى التعزير فقد بينت الشريعة بوجه عام ما يعتبر معصية ، وفرضت عقوبات تعزيرية مختلفة وتركت للقاضى اختيـــار العقـوبة المناسبة فى ضوء ظروف الجانى وظروف الجريمة . فالمعيار فى العقوبة المقدرة فى الحدود والقصاص معيار لا أثر فيه لظروف الجـانى بينمـا المعيار فى التعريف يتسم بالمرونة حيث يراعى ظروف الجانى .

ثانيا : الحدود واجبة لا يجوز لولى الأمر العفو فيها على خـلاف جرائم التعزير فانه يجوز العفو فى جرائم التعزير على النحو الذى سلف بيـــانه .

ثالثا : الاثبات فى الحدود والقصاص يكون بالبينة أو الاقرار بشروط خاصة « فلا تقبل الشهادة على الشهادة ولا تثبت بشهادة النساء » بخلاف الاثبات فى جرائم التعزير على ما تقدم ذكره .

رابعا : ما يحدث من التلف فى الحد هدر لاضمان على منفذه ، أما فى التعزير فان التلف يوجب الضمان عند الشافعى ولا يوجبه عند الحنفية ومالك وأحمد اذا عزره الامام على ما سلف بيانه .

خامسا : لا يقام الحد والقصاص على الصبى لأن من شروط اقامتهما البلوغ ، اما التعزير فيقام على الصبى لانه تاديب يجوز توقيعه عليه .

منهج القانون الوضعى

حدد قانون العقوبات المصرى الافعال المعاقب عليها ، ونص على العقوبات التى قررها لكل جريمة بين حدين أدنى وأقصى وترك للقاضى تقدير العقوبة التى توقع فى كل حالة فى ضوء ظروفها فى نطاق العقوبة المقررة بحديها الأدنى والأعلى ويكون اجتهاده فى هذا النطاق ، واذا تعدد المتهمون فى جريمة . فان تحديد المسئولية الجنائية لكل منهم وفرض العقوبات عليهم أمر متروك للقاضى ولا معقب عليه ، ولا يلزم فى حكمه ببيان الأسباب التى حدت به الى التفرقة بين المحكوم عليهم ، وخول القانون للقاضى الحق فى أن يستبدل بالعقوبة المقررة للجريمة عقوبة أخف منها اذا اقتضت ظروف الجريمة الرأفة ، وقصر استعمال هذا الحق فى جرائم الجنايات (المادة ١٧ من قانون العقوبات) وللقاضى ان يأمر بايقاف تنفيذ العقوبة اذا كان الحبس مدة لا تزيد على سنة اذا رأى من اخلاق المحكوم عليه أو ماضيه أو سنة أو الظروف التى ارتكبت فيها الجريمة ما يبعث على الاعتقاد بانه لن يعود الى مخالفة القانون وعلى ذلك قال بعض الفقهاء أن قانون العقوبات المصرى قانون تعزيرى

ويكاد يكون شرعيا لولا أنه لم ينص فيه على الحدود الشرعية الثابتة ، ولولا أنه لا يعتبر بعض الأفعال جرائم زمن ذلك الزنا الذى لم يعتبره جريمة فى ذاته وانما اعتبره فى زنا الزوجة والزنا بالقاصرة والزنا بالقوة أو الاكراه ولم يعتبر الردة جريمة .

والمشرع الوضعى فى جعله لكل جريمه حدا أعلى فى العقاب وحدا أدنى وتركه للقاضى حرية التقدير فى كل دعوى بذاتها جمع بين نظريتين قال بهما فقهاء المسلمين :

الأولى : أن التعزير يترك للقاضى اذا كان مجتهدا بحيث يستطيع فى ضوء الكتاب والسنة وآثار السلف الصالح أن يحكم فى كل قضية بما يناسب أحوالها وملابساتها .

الثانية : ان التعزير لولى الأمر ، وللقاضى يستمد سلطته منه

وقد جمع الفقهاء آراء الصحابة فى التعزيرات المختلفة وكان الولاة يتبعونها ويأمرون القضاة باتباعها ، ولم يكن للقضاة سلطات فى مخالفتها الا بما يقتضيه التطبيق الواقعى أحيانا ، ومن تخريج الحكم الفقهى على الواقعة المعروضة .

وعلى ذلك فان القانون الوضعى وقد جعل العقوبات ذات حدين وخول القاضى الاجتهاد فى نطاقهما فانه يكون قد اخذ بالنظريتين بعد الجمع بينهما فكان أن وضع ولى الأمر جرائم التعزير وفرض العقوبات المقررة لها على أن يطبق القاضى هذه العقوبات على الجرائم التى ترتكب فى النطاق الذى قرره الشارع فلا يقضى فى جريمة باقل من الحد الأدنى ولا باكثر من الحد الأعلى (١) .

انتهى

---

(١) الجريمة - الشيخ محمد أبو زهرة - ص ١٣١ ، ١٣٢ .

فهـــــرس

الموضـــوع | الصفحة

الـكتاب الأول

الموضـــوع	الصفحة

الـكتاب الثـانى

الموضـــوع	الصفحة

الموضـــوع	الصفحة

الموضـــوع | الصفحة